

ANWENDUNG DER KARTELLVERBOTE
DES EWG-VERTRAGES
DURCH ENTSCHEIDUNGEN DER KOMMISSION
NACH ARTIKEL 2 UND ARTIKEL 3
DER VERORDNUNG NR. 17

Ernst Riegel

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546413_0043

ANWENDUNG DER KARTELLVERBOTE DES EWG-VERTRAGES
DURCH ENTSCHEIDUNGEN DER KOMMISSION
NACH ARTIKEL 2 UND ARTIKEL 3
DER VERORDNUNG NR. 17

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johanh Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von
Ernst Riegel
aus Halle a. d. Saale

1966



Erstgutachter: Professor Dr. KRONSTEIN
Zweitgutachter: Professor Dr. BERNHARDT

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1966

INHALT

	Seite
Literaturverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	15
<u>Einleitung: DAS PROBLEM</u>	19
§ 1 Funktion und Besonderheiten der "Wettbewerbsregeln für Unternehmen" im EWG-Vertrag	19
I. Ziele des EWG-Vertrages	19
II. Aufgabe der Artikel 85 ff	20
III. Besonderheiten; Fragestellung	22
<u>Erstes Kapitel: DIE ENTWICKLUNG DES EWG-KARTELLRECHTS</u>	25
§ 2 Die Zeit von 1958 bis 1962	25
§ 3 Der gegenwärtige Stand	27
I. Vereinbarkeit der Wettbewerbsregeln mit den nationalen Verfassungen	27
II. Rechtslage nach Inkrafttreten der VO 17	28
1) Direktwirkung der Verbote	28
2) Zivilrechtliche Folgen	28
3) Ausgestaltung des Art. 85 III	29
4) Verwaltungsrechtliche Sanktionen	32
5) Kompetenzen der Kommission	33
<u>Zweites Kapitel: DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN</u>	36
§ 4 Anwendungsbereich der Art. 2 und 3 VO 17	36
I. Vorbemerkung	36
II. Ausgenommene Wirtschaftsbereiche	36
1) Kohle und Stahl	37
2) Spaltbare Produkte	37
3) Landwirtschaftliche Erzeugnisse	37
4) Verkehr	38
III. Öffentliche Unternehmen	39

§ 5	Entstehungsgeschichte	41
I.	Wortlaut der Art. 2, 3, 9 III VO 17	41
II.	Vorgeschichte	42
	1) Art. 65 § 4 EGKS-Vertrag	42
	2) Art. 88, 89 EWG-Vertrag	43
	3) Verordnungsentwurf der Kommission	44
	4) Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses	45
	5) Stellungnahme des Parlaments	46
	a) Entwurf des Binnenmarktausschusses (Bericht Deringer)	46
	b) Aussprache und Entschließung des Plenums	47
	6) Beschluß des Ministerrats	48
III.	Vergleich der verschiedenen Fassungen	49
§ 6	Regelung des Verfahrens zur Erteilung eines Negativattests	53
I.	Der förmliche Ablauf des Verfahrens bis zur Entscheidung	53
A.	Antrag	53
	1) Formblatt A	54
	2) Antragsberechtigung	54
	3) Vertretung	57
	4) Rechtswirkungen des Antrages	58
B.	Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten	61
	1) zuständige Behörden	61
	2) Zusammenarbeit	64
C.	Mögliche Ermittlungen	65
	1) Auskünfte	66
	2) Nachprüfungen	68
D.	Rechtliches Gehör	70
	1) Allgemeines	70
	2) Anhörung nach der VO 99	70
	3) Art. 19 II 1 VO 17	72
	4) Veröffentlichung des Antrags (Art. 19 III)	72
	a) Zeitpunkt	72
	b) Voraussetzungen	73
	c) "wesentlicher Inhalt"	73
	d) Folgen der Nichtmitteilung für Dritte	74
E.	Anhörung des Beratenden Ausschusses	75

II.	Die Entscheidung der Kommission nach Art. 2 VO 17	76
A.	Voraussetzungen einer sachlichen Entscheidung	76
	1) ordnungsgemäßer Antrag	76
	2) Beteiligungsfähigkeit und Vertretung	76
	3) internationale Zuständigkeit	77
	4) sachliche Zuständigkeit	79
	5) "Rechtshängigkeit"	82
	6) rechtliches Interesse	83
B.	Mögliche Entscheidungen	84
	1) Zurückweisung des Antrags als unzulässig	84
	2) Erteilung und Versagung des Negativattests	85
	3) Zulässigkeit von "Gruppen-Negativattesten"	85
	4) Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	86
C.	Voraussetzungen der Erteilung eines Negativattests	88
	1) Vorbemerkung	88
	2) Meinungen	88
	3) Lösung	91
	a) Allgemeines	91
	b) tatbestandsmäßig kein Verstoß	92
	c) Verstoß nicht mit Sicherheit auszuschließen	92
	d) Verstoß nicht mit Sicherheit nachzuweisen (Feststellungslast)	93
	e) leichte Verstöße (Bagatellfälle)	97
	4) Rechtsanspruch auf Erteilung	99
D.	Begründung und Veröffentlichung	100
	1) Begründung	100
	2) Veröffentlichung	102
	3) Adressat	103
	4) Mitteilung	104
§ 7	Regelung des Verfahrens zur Abstellung von Zuwiderhandlungen	105
I.	Der förmliche Ablauf des Verfahrens bis zur EntschlieÙung	105
A.	Beginn des Verfahrens	105
	1) von Amts wegen	105
	2) Antrag von Mitgliedstaaten	105
	3) Antrag von Personen (Beschwerde)	106

B. Ziel des Verfahrens	107
1) Abstellung von Zuwiderhandlungen	107
2) Feststellung von Zuwiderhandlungen	108
3) Umfang des Antragsrechts	108
4) Form der Feststellung	108
5) Bescheidung des Antragstellers	112
C. Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten	114
D. Mögliche Ermittlungen	115
E. Rechtliches Gehör	115
1) nach Art. 19 I VO 17	115
2) nach Art. 6 VO 99	116
F. Anhörung des Beratenden Ausschusses	117
1) vor sachlichen Entscheidungen	117
2) vor Empfehlungen	117
3) vor Zurückweisung des Antrags als unzulässig	118
II. Die Entschließung der Kommission	119
A. Voraussetzungen einer sachlichen Erklärung	119
1) Mängel des Antrages	119
2) internationale Zuständigkeit	119
3) sachliche Zuständigkeit	123
4) rechtliches Interesse	124
5) Rechtskraft	124
B. Mögliche Entschlüsse	125
1) Zurückweisung als unzulässig	125
2) sachliche Akte	126
3) Gruppen-Erklärungen	126
C. Sachliche Voraussetzungen der Erklärungen	
nach Art. 3 I und III	126
1) Verstoß gegen Art. 85 oder 86	126
2) Beweisbarkeit	127
3) Bagatellfälle	128
4) Anträge von Mitgliedstaaten	128
5) Rechtsanspruch auf Bescheidung und Einschreiten	129
D. Veröffentlichung und Begründung	129
1) Veröffentlichung und Mitteilung	129
2) Begründung	130

Drittes Kapitel: RECHTLICHE TRAGWEITE DER	
ENTSCHEIDUNGEN NACH ART. 2, 3 VO 17	132
§ 8 Selbstbindung der Kommission	132
I. Rechtsnatur des Negativattests	132
1) Meinungen	132
2) rechtstechnische Einordnung: Entscheidung	133
3) Inhalt:	136
a) Auskunft	136
b) Feststellung eines öffentlich-rechtlichen	
Verhältnisses	138
c) Zusage	139
d) feststellende Entscheidung	140
4) Abgrenzung von ähnlichen Erklärungen der	
Gemeinschaftsorgane	141
a) Erklärung nach Art. 85 III d. V.	141
b) Zurückweisung der Anmeldung	
mangels Verbotswidrigkeit	143
c) Zurückweisung von Anträgen nach Art. 3 VO 17	
mangels Verbotswidrigkeit	144
d) Entscheidung nach Art. 2 II VO 26	144
e) Entscheidung nach Art. 65 § 4 EGKS-V	145
f) interpretierende Erklärung	146
5) Vergleichbare Regelungen in anderen Kartellgesetzen	147
6) Die deutsche Lehre vom Negativattest	149
II. Bindung der Kommission durch Erteilung eines	
Negativattests	150
A. Das Problem	150
1) Fragestellung	150
2) Meinungen	151
3) Gesichtspunkte für eine Lösung	154
B. Die gesetzliche Regelung	155
1) terminologische Bemerkung	155
2) Vergleich zwischen Art. 2 und 8 III VO 17	155
a) Gemeinsames	156
aa) unrichtige Angaben, Arglist	157
bb) Mißbrauch	157
cc) Änderung der tatsächlichen Verhältnisse	157
b) Unterschiede	157
aa) Änderung der tatsächlichen Verhältnisse	157
bb) bei Entscheidung unbekannte Tatsachen	158

C. Folgerungen	160
1) "Tatsachen"	160
a) Allgemeines	160
b) Prozessuales	161
c) vorhersehbare Tatsachen	162
2) Änderung der Rechtsauffassung	163
a) Fragestellung	163
b) Allgemeines	164
c) Grundsätze des Gemeinschaftsrechts über den Widerruf von Verwaltungsakten	165
d) Anwendung der Grundsätze auf das Negativattest	169
3) Form des Abgehens von einem Negativattest	172
§ 9 Bindung der nationalen Kartellbehörden	173
I. Problem	173
II. Gesetzliche Regelung	173
1) Art. 9 III VO 17	173
2) Behörden der Mitgliedstaaten	174
a) Behörden der Exekutive	174
b) Rechtsmittelgerichte	174
c) Strafgerichte	175
3) Folgen der Zuständigkeitsverlagerung	177
III. Zeitpunkt der Zuständigkeitsverlagerung	178
1) Mögliche Zeitpunkte der "Einleitung" eines Verfahrens	178
2) Meinungen	
3) Lösung	182
IV. Befugnisse der nationalen Kartellbehörden	184
1) vor Einleitung	184
2) nach Einleitung eines Verfahrens:	185
a) direkte Anwendung der Art. 85 I, 86	185
b) inzidente Anwendung der Art. 85 I, 86	186
3) Anwendung des nationalen Kartellrechts	186
a) Die Zwei-Schranken-Theorie	186
b) Folgerungen	188

§ 10	Bindung der nationalen Zivilgerichte	190
I.	Mittelbare Bindung durch Zuständigkeitsverlagerung?	190
	1) Problem	190
	2) Meinungen	192
	3) Lösung	193
	a) Gesetzeswortlaut	193
	b) Entstehungsgeschichte	194
	c) föderativer Aufbau der EWG	194
II.	Materielle Bindungswirkung des Negativattests	198
	1) Allgemeines	198
	2) Literatur	199
	3) Lösung	200
	4) Praktische Folgen	206
	a) tatsächliches Gewicht	206
	b) Möglichkeiten der Vorabentscheidung nach Art. 177	207
	c) Aussetzungsmöglichkeiten	209
III.	Materielle Bindungswirkung der Verpflichtungsentscheidung	210
	1) Literatur	210
	2) Unterschiede zum Negativattest	211
	a) eindeutigere Entscheidungsformel	211
	b) Art. 89 II EWG-Vertrag	212
	c) größere Gefahr des Konflikts widersprüchlicher Entscheidungen	213
	d) Grundlage und Umfang der Bindung	215
§ 11	Rechtsschutz gegen Akte nach Art. 2 und 3 VO 17	218
I.	Akte nach Art. 2 VO 17	219
	1) Erteilung eines Negativattests	219
	a) Klagerecht betroffener Personen	219
	b) Klagen des Rats und der Mitgliedstaaten	222
	c) Folgen der Nichtigerklärung	223
	2) Versagung des Negativattests	224
	3) Nichtbescheidung des Antrags	224
	4) Zurückweisung des Antrags als unzulässig	225
II.	Akte nach Art. 3 VO 17	225
	1) Verpflichtungsentscheidung	225
	2) Nichtstattgeben von Anträgen nach Art. 3 II	226

a) Ablehnung	226
b) Zurückweisung	226
c) Nichtbescheidung	227
d) Empfehlung	228
3) Nichteinschreiten von Amts wegen	228

Lebenslauf	231
------------	-----

LITERATURVERZEICHNIS

Abgekürzte Zitierweise:

- | | |
|------------------------|--|
| Auby/Drago | .Auby/Drago, Traité de Contentieux Administratif, Paris 1962 |
| Baumbach/Hefermehl | Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, 8. Auflage, München und Berlin 1960 |
| Baumbach/Lauterbach | Baumbach/Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 27. Auflage, München und Berlin 1963 |
| BKartA, | |
| Tätigkeitsbericht 1962 | Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1962 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet = Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/1220 vom 30. 4. 1963 |
| Tätigkeitsbericht 1963 | Drucksache IV/2370 vom 19. 6. 1964 |
| Tätigkeitsbericht 1964 | Drucksache IV/3752 vom 16. 7. 1965 |
| Tätigkeitsbericht 1965 | Drucksache V/530 vom 21. 4. 1966 |
| Böhm-Festschrift | Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, herausgegeben von Coing, Kronstein und Mestmäcker, Karlsruhe 1965 |
| Deringer | Deringer, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar, erscheint in Fortsetzungen seit 1. 11. 1962 in der Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf |
| Deringer, Bericht | Deringer, Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages (Dokument 104/1960-61)
= Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1961 - 1962, Dokument 57 vom 7. 9. 1961, deutsche Ausgabe |

- Everling siehe bei Wohlfarth
- Eyermann/Fröhler Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Auflage, München und Berlin 1965
- Festschrift DJT Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, 2 Bände, Karlsruhe 1960
- Forsthoff Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 8. Auflage, München und Berlin 1961
- Frankfurter Gutachten Coing/Kronstein/Schlochauer, Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den kartellrechtlichen Vorschriften des Vertrages über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
= Band 7 der Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht der Universität Frankfurt a. M., 1958
- GemKomm. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, herausgegeben von Müller-Henneberg/G. Schwartz in Verbindung mit Bartholomeyczik, Benisch u. a., 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1963
- Giacometti Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960
- Gleiss/Hirsch (2. A.) Gleiss/Hirsch, EWG-Kartellrecht, Kommentar, Heidelberg 1962 (2. Auflage 1965)
- Huber E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen,
1. Band 1953,
2. Band 1954
- Jeanneau Jeanneau, Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative, Paris 1954
- Jellinek Jellinek, Verwaltungsrecht, Nachdruck der 2. Auflage von 1931, 1948

- Kartelle und Monopole Kartelle und Monopole im modernen Recht, Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht, erstattet für die Internationale Kartellrechts-Konferenz in Frankfurt a. M. 1960, herausgegeben vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt a. M. in Verbindung mit dem Institute for International and Foreign Trade Law of The Georgetown University Law Center, Washington, D. C. , 2 Bände, Karlsruhe 1961
- Kleemann Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962
- Kommission,
 5. Gesamtbericht EWG, Kommission, Fünfter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft (1. 5. 1961 - 30. 4. 1962), Brüssel, Juni 1962
6. Gesamtbericht (1. 5. 1962 - 31. 3. 1963), Juni 1963
7. Gesamtbericht (1. 4. 1963 - 31. 3. 1964), Juni 1964
8. Gesamtbericht (1. 4. 1964 - 31. 3. 1965), Juni 1965
- Mailänder Mailänder, Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit nationaler Gerichte im EWG-Kartellrecht, Baden-Baden 1965
- Maunz Maunz, Deutsches Staatsrecht, Lehrbuch, 7. Auflage, München/Berlin 1958
- Merkblatt EWG, Kommission, Merkblatt zu Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags und ihren Durchführungsverordnungen, Presse- und Informationsdienst der Europäischen Gemeinschaften 8062/2/IX/1962/5, 1962
- Ophüls-Festschrift Zur Integration Europas, Festschrift für Carl Friedrich Ophüls, herausgegeben von Hallstein und Schlochauer, Karlsruhe 1965
- Rehbinder Rehbinder, Extraterritoriale Wirkungen des Deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965

- | | |
|-------------------------------|--|
| Rosenberg | Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts, 7. Auflage, München und Berlin 1956 |
| I. Schwartz | Ivo E. Schwartz, Deutsches Internationales
Kartellrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1962 |
| Steindorff,
Rechtsschutz | Steindorff, Rechtsschutz und Verfahren im Recht
der europäischen Gemeinschaften,
Baden-Baden 1964 |
| Stein/Jonas/
Schönke/Pohle | Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Zivilprozeßordnung,
Kommentar, 18. Auflage 1958 |
| v. Gamm | von Gamm, Kartellrecht im EWG-Bereich,
Köln 1961 |
| v. d. Groeben/
v. Boeckh | von der Groeben/von Boeckh, Kommentar zum
EWG-Vertrag, Baden-Baden/Bonn,
Band I 1958
Band II 1960 |
| Wohlfarth | Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung,
Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft,
Kommentar zum Vertrag, Berlin und Frankfurt
a. M. 1960 |
| H. J. Wolff | Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, Studienbuch,
5. Auflage, München und Berlin 1963 |
| Zeidler | Zeidler, Empfiehlt es sich, die bestehenden
Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der
öffentlichen Verwaltung beizubehalten?
Gutachten, Verhandlungen des 44. Deutschen
Juristentages, Hannover 1962, Band I, 2. Teil,
Tübingen 1962 |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. GESETZBLÄTTER, ZEITSCHRIFTEN UND ANDERE PERIODICA

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	Der Betriebsberater
BGBI. (II)	Bundesgesetzblatt (Teil II)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Dalloz	Recueil Dalloz, Paris
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EW	Europäische Wirtschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-AIT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
J. C. P.	Juris-Classeur Périodique, La semaine juridique, Paris.
J. Dr. Int.	Journal du Droit International, Paris

16	
J. O.	Journal Officiel de la République Française
J. T.	Journal des Tribunaux, Bruxelles
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MA	Der Markenartikel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
R. C. D. I. P.	Revue critique de droit international privé, Paris
R. D. P.	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger, Paris
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. Dir. Commerciale	Rivista del Diritto Commerciale, Milano
Riv. Dir. Industriale	Rivista di Diritto Industriale, Milano
R. M. C.	Revue du Marché Commun, Paris
RSpr.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Luxemburg, deutsche Ausgabe, Köln
S. E. W.	Sociaal-Economische Wetgeving, Zwolle (Niederlande)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

B. SONSTIGES

aaO	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. M.	anderer Meinung
Art. (1 I 2)	Artikel (1 Absatz I Satz 2)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
d. V.	des (EWG-) Vertrages
EAG(-V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäischen Atom- gemeinschaft (Euratom) vom 25. 3. 1957, BGBl. II 1014
EGKS(-V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. 4. 1951, BGBl. 1952 II 447
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg
EWG(-V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäischen Wirtschafts- gemeinschaft vom 25. 3. 1957, BGBl. II 766
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957, BGBl. I 1081
i. d. F	in der Fassung

i. R.	im Rahmen
i. S. d.	im Sinne des / der
i. V. m.	in Verbindung mit
Komm.	Kommentar
N.	Note, Anmerkung, Randnummer
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, BGBI. 1952 I 177 und 1957 I 861
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. 5. 1871
StPO	Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877
VO (17)	Verordnung (Nr. 17)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877

Einleitung DAS PROBLEM

§ 1

FUNKTION UND BESONDERHEITEN DER "WETTBEWERBSREGELN FÜR UNTERNEHMEN" IM EWG-VERTRAG

I. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957¹⁾ soll "eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung" und "eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung" fördern (Art. 2). Mit diesem Ziel haben die sechs Mitgliedstaaten der Gemeinschaft die Aufgabe übertragen, auf der Grundlage einer Zollunion während einer Übergangszeit von zwölf oder höchstens fünfzehn Jahren schrittweise einen "Gemeinsamen Markt" zu errichten, in dem die Ordnung und Steuerung des Wirtschaftsablaufs in erster Linie einem redlichen, freien Leistungswettbewerb anvertraut sein soll, der zugleich das Höchstmaß an politischer Freiheit des Einzelnen garantiert²⁾. Die Politik der Gemeinschaft soll daher schließlich zu einem System führen, das den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft vor Verfälschungen schützt (Art. 3 f d. V.).

Die Gemeinschaft muß also einmal die vom Verhalten der Wettbewerber unabhängigen Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb schaffen³⁾. Dieser Aufgabe dienen diejenigen Normen, die dem Vertrag sein typisches Gepräge geben: sie richten sich an die Mitgliedstaaten (oder an den Ministerrat als ihr föderativ zusammengesetztes Gesetzgebungsorgan) und gebieten beispielsweise, daß die Staaten alle Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen bei der Ein- und Ausfuhr von Waren untereinander abschaffen⁴⁾, die Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beseitigen⁵⁾, und daß sie überhaupt alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten⁶⁾. Aus dem Bereich der eigentlichen Wettbewerbs-

1) BGBl. II S. 766 ff, gem. Art. 247 d. V. in Kraft getreten am 1. 1. 1958 (BGBl. 1958 II S. 1).

2) vgl. Art. 3 f u. die Präambel d. V., und z. B. von der Groeben, WuW 1961, 373 ff 374-377 mit Nachweisen FN 5; s. a. Günther, WuW 1963, 191; Deringer, Bericht Nr. 4-8; skeptischer ist Spengler, Gemeinschaftskommentar II, N. 6-10

3) von der Groeben aaO (2) S. 376 sowie in WuW 1965, 691 ff

4) Art. 3 a, 13 ff, 32 II, 33 ff.

5) Art. 3 c, 48 ff, 52 ff, 59 ff, 67 ff

6) Art. 5 II, im einzelnen Art. 12, 31, 32 I, 53, 62, 76, 106 II 1

politik der Gemeinschaft gehören in diesem Zusammenhang die an die Mitgliedstaaten gerichteten Regeln zur Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen, die infolge der Begünstigung privater Unternehmen durch staatliche Beihilfen ⁷⁾, infolge der Privilegierung öffentlicher Unternehmen ⁸⁾ und durch unterschiedliche nationale Steuergesetze ⁹⁾ oder andere Rechtsvorschriften ¹⁰⁾ eintreten können.

II. Eine zweite Aufgabe der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft besteht darin, den jeweils, also auch während der Übergangszeit bereits vorhandenen Wettbewerb funktionsfähig zu erhalten, d. h. den vom Verhalten der konkurrierenden Unternehmen abhängigen Ablauf des Wettbewerbs zu regeln ¹¹⁾. Diesem Zweck dienen die in den Artikeln 85 bis 90 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln für Unternehmen ¹²⁾. Ihnen liegt die Erkenntnis zu Grunde, daß der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht und wettbewerbsbeschränkende Absprachen ähnlich wie die handelspolitischen Schranken wirken können, die zur Errichtung des Gemeinsamen Marktes abgebaut werden müssen. So könnte ein internationales Gebiets- oder Patentaustauschkartell ¹³⁾ durch Marktaufteilung den Effekt des Zollabbaues vereiteln. Ein Quotenkartell ¹⁴⁾ könnte die Gesamtproduktion im Gemeinsamen Markt und die Einfuhr in einen Mitgliedstaat in der gleichen Weise beschränken wie vorher ein staatliches Importkontingent. Einem gemeinsamen Markt abträglich wäre es ferner, könnte ein marktbeherrschendes Unternehmen die Erzeugung oder den Absatz einschränken, um das Angebot zu verknapen und die Preise hochzuhalten. Demgemäß erklärt Art. 85 Absatz I des EWG-Vertrages für "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten" alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ¹⁵⁾,

7) Art. 92-94

8) Art. 90 I

9) Art. 95-99

10) Art. 101-102

11) von der Groeben aaO (2) S. 376

12) Zur Bedeutung der Regeln im Gesamtrahmen d. V.
vgl. Kronstein, Kartelle und Monopole I S. 111 ff

13) Beispiele aus der Praxis der USA bringt I. Schwartz S. 105 ff u. 112 ff

14) s. z. B. I. Schwartz S. 109 ff

15) Der Kürze halber werden diese drei Kategorien im Folgenden meist als "Kartelle", "Absprachen" oder als "Zusammenwirken" bezeichnet.

welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und

eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig; Art. 85 Abs. II.

Die Bestimmungen des Absatzes I können nach Art. 85 Abs. 8 III "für nicht anwendbar erklärt werden" auf Kartelle "oder Gruppen von solchen", die "unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten."

Nach Art. 86 ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten "die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen." 16)

16) im Folgenden meist abgekürzt als "Monopolmißbrauch"

III. Eine Besonderheit der Art. 85-90 im System des EWG-Vertrages¹⁷⁾ liegt darin, daß sie in allen Mitgliedsstaaten geltendes¹⁸⁾ Privatrecht enthalten (Art. 85 II) und die Befugnis nationaler und europäischer Behörden vorsehen, ihre Verbote mit Verwaltungszwang durchzusetzen (Art. 87 II a). Unternehmen - gleichgültig welcher Nationalität -, die sich an einer im Gebiet des Gemeinsamen Marktes (Art. 227) wirksamen Wettbewerbsbeschränkung beteiligen, sehen sich nicht nur empfindlichen Bußgelddrohungen sondern auch dem Risiko ausgesetzt, daß ihre Vertragspartner unter Berufung auf die Art. 85 ff die Nichtigkeit von Vereinbarungen einwenden und daß Dritte Schadensersatzansprüche geltend machen oder sich bei der Kartellbehörde beschweren. Auch für Fachjuristen aber ist es schwierig zu entscheiden, ob im Einzelfall gegen das Verbot verstoßen ist¹⁹⁾. Diese Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß die Art. 85, 86 mehrere "unbestimmte Rechtsbegriffe" zur Umschreibung dynamisch-wirtschaftlicher Tatbestände verwenden, deren Anwendung auf einen bestimmten Sachverhalt der Verwaltung und dem Richter einen "Beurteilungsspielraum" läßt²⁰⁾, zumal diese Begriffe mit fortschreitender Integration der Einzelmärkte voraussichtlich schrittweise differenziert ausgelegt werden müssen²¹⁾. So erfordert die Entscheidung, ob eine für den "Handel zwischen Mitgliedsstaaten" erhebliche "Wettbewerbsbeschränkung" vorliegt, fast immer eine "Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung", die z.B. nach § 70 IV 2 GWB der richterlichen Nachprüfung entzogen ist. (s. a. Art. 33 I 2 EGKS-Vertrag) Die Unternehmen haben daher das natürliche Interesse, Klarheit darüber zu erlangen, ob ein von ihnen geübtes oder geplantes Verhalten nach den Artikeln 85 und 86 zulässig ist.

Hierzu bietet sich ihnen einmal der Weg, eine "Freistellungserklärung" nach Art. 85 III zu erwirken, die aber wiederum an mehrere nicht leicht zu erfüllende Voraussetzungen geknüpft ist. Auch kann die Erklärung nicht für Monopolmaßnahmen erteilt werden, weil der nach Art. 86 verbotene "Mißbrauch" seinem

17) EGKS- und Euratom-Vertrag sehen weit mehr Eingriffe gegen Einzelpersonen und Unternehmen vor; vgl. G. Erler, VVDStRL 18 (1960) 7 ff 28

18) Ihre Geltung beruht in der Bundesrepublik auf dem Zustimmungsgesetz zum Vertrag v. 27. 7. 1957 (BGBl. II S. 753, 1678), die Geltung der nach Art. 87 erlassenen Verordnungen auf diesem Zustimmungsgesetz i. V. m. Art. 189 II d. V.

19) vgl. dazu die genannten Kommentare zum EWGV u. zum EWG-Kartellrecht; grundsätzlich zur Auslegung des Art. 85 Coing, ZHR 1963, 271

20) Zu diesen Begriffen vgl. Bachof, JZ 1955, 97; Forsthoff § 5; H. J. Wolff I, § 31 I c; Zweigert; GemKomm § 70 N. 12

21) siehe dazu insbesondere Kronstein, Kartelle und Monopole I S. 111 ff u. z. B. Schlochauer JZ 1963, 105 ff 107 I.; Verloren van Themaat, WuW 1963, 555 ff 560

Wesen nach nicht genehmigungsfähig ist²²⁾. Art. 85 III scheidet ferner aus, wenn es wegen eines zurückliegenden, der Kartellbehörde nicht gemeldeten Sachverhalts zum Rechtsstreit kommt, weil die Erklärung grundsätzlich erst mit Wirkung vom Zeitpunkt der Anmeldung an abgegeben werden kann²³⁾. Auch wird eine solche Ausnahme regelmäßig nicht ohne Nachprüfungen der Behörde erteilt werden²⁴⁾.

Es besteht also einmal ein Bedürfnis der beteiligten Unternehmen nach Klärung der Frage, ob ein Verhalten unter das Verbot der Art. 85 I oder 86 fällt, d. h. nach einer Bestätigung der Behörde, daß es nicht verboten ist ("Negativattest"). Andererseits können die von Kartellen oder Monopolmaßnahmen betroffenen Personen ein berechtigtes Interesse daran haben, daß die Verbotswidrigkeit solcher Maßnahmen (positiv) festgestellt werde, sei es, um die Abstellung der Zuwiderhandlungen im Verwaltungswege zu erreichen, sei es, um in Zivilprozessen davon Gebrauch zu machen. Dem Interesse an einer klärenden Entscheidung wird dabei umso mehr gedient sein, je mehr Rechtssicherheit die Entscheidung schafft, je eindeutiger also die Kartellbehörden der EWG und der Mitgliedstaaten sowie die Gerichte daran gebunden sind. Eine somit vom Standpunkt der Beteiligten aus erwünschte zentrale Entscheidungsbefugnis einer EWG-Behörde käme aber auch dem Interesse der europäischen Wettbewerbspolitik an einer möglichst einheitlichen Anwendung der Artikel 85 und 86 im Gemeinsamen Markt entgegen²⁵⁾. Auf der anderen Seite wirft eine Regelung, die etwa der EWG-Kommission eine solche ausschließliche Zuständigkeit übertrüge, das verfassungsrechtliche Problem auf, ob die Mitgliedstaaten insoweit einen Teil der traditionell von ihren Gerichten ausgeübten Hoheitsrechte an die Gemeinschaft abgetreten haben. Es fragt sich auch, ob es sinnvoll wäre, die Zivilgerichte von der Anwendung und Fortbildung des EWG-Kartellrechts völlig auszuschließen. Dies würde die Rechtsprechung hemmen und die Kommission mit einer Arbeit belasten, die sie - jedenfalls gegenwärtig - personell kaum bewältigen könnte. Bei konkurrierender Zuständigkeit der Kommission und der Gerichte stellt sich allerdings die Frage, wie widersprechende Entscheidungen in derselben Sache vermieden oder gemildert werden können.

Die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962²⁶⁾ - VO 17 - hat das Problem für die Freistellungserklärung im wesentlichen geklärt. Nach Art. 9 I VO 17 ist die Kommission "ausschließlich zuständig", Art. 85 I nach Art. 85 III "für nicht anwendbar zu erklären".

22) Everling, Art. 86 N. 10

23) Art. 6 VO 17; vgl. unten § 3 II 3 und 5 d

24) vgl. u. § 6 I c

25) vgl. Präambel zur VO 17, erste Erwägung

26) ABl. Nr. 13 vom 21.2.1962, S. 204 = BGBl. 1962 II 93

Zweifelhaft ist dagegen geblieben, inwieweit die Kommission dazu berufen ist, die Verbote des Art. 85 I und des Art. 86 "anzuwenden". In Art. 2 (Negativattest) und Art. 3 VO 17 (Abstellung von Zuwiderhandlungen) ist sie in gewissem Umfang ermächtigt worden, festzustellen, ob ein Verstoß vorliegt.

In der vorliegenden Arbeit soll die Tragweite solcher "Feststellungen" untersucht werden. Da es im Recht der EWG an vergleichbaren Regelungen fehlt, wird dabei induktiv vorgegangen: Nach einem Überblick zur Entwicklung des EWG-Kartellrechts werden zunächst die Vorgeschichte (§ 5) und die positivrechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens nach Art. 2 (§ 6) und Art. 3 VO 17 (§ 7) dargestellt. Auf dieser Grundlage wird sodann zu klären versucht, inwiefern die Kommission selbst (§ 8), die Kartellbehörden (§ 9) und die Gerichte der Mitgliedstaaten (§ 10) an Entscheidungen nach Art. 2, 3 VO 17 gebunden sind. Das Ergebnis wird maßgebend dafür sein, ob die Beteiligten und Dritte durch solche Entscheidungen "unmittelbar und individuell betroffen" werden und daher gemäß Art. 173 II EWG-Vertrag befugt sein müssen, Rechtsschutz beim Europäischen Gerichtshof zu suchen.

Bei Behandlung dieser Frage (§ 11) ist - wie schon in den §§ 6, 7 - besonders zu beachten, daß ein Ausgleich zwischen dem Interesse der beteiligten Unternehmen an der Bestandskraft eines Negativattests und dem Interesse betroffener Dritter an der Abstellung von Verstößen gefunden werden muß.

Erstes Kapitel

DIE ENTWICKLUNG DES EWG-KARTELLRECHTS

§ 2

DIE ZEIT VON 1958 BIS 1962

Nach Art. 87 d. V. hatte der Rat - möglichst binnen drei Jahren seit dem 1. 1. 1958 - auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments "alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze" zu erlassen. Bis zum Inkrafttreten dieser Durchführungsvorschriften sollten "die Behörden der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen der Artikel 85, insbesondere Absatz 3, und 86" über die "Zulässigkeit" wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens entscheiden (Art. 88). Daneben war die Kommission nach Artikel 89 berufen, auf die "Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze" zu achten und zu diesem Zwecke Untersuchungen durchzuführen, Verstöße festzustellen und Mittel vorzuschlagen, um diese abzustellen. Zur Erteilung einer Freistellungserklärung war sie nicht befugt²⁷⁾. Solange Durchführungsvorschriften nach Art. 87 nicht erlassen waren, konnten die Regeln der Art. 85, 86 über Art. 88 praktisch kaum durchgesetzt werden²⁸⁾. In Italien, Luxemburg und - bis zum Erlass des Gesetzes vom 27. 5. 1960²⁹⁾ - Belgien gab es überhaupt keine Kartellbehörden, und soweit nationale Gesetze bestanden, wichen sie in Zielsetzung, Umfang der Verbote und Verfahren erheblich voneinander ab³⁰⁾. Die Kommission mußte sich mit Rücksicht auf ihre beschränkten Befugnisse nach Art. 89 auf Untersuchungen und Empfehlungen in Einzelfällen beschränken³¹⁾.

Angesichts dieser vor allem verfahrensrechtlichen Unsicherheit ist es erklärlich, daß zur Rechtsnatur (Verbotsgesetz oder Mißbrauchsgesetz) und zum Umfang der Wirkung der Art. 85 und 86 (bloße Programmsätze, Ermächtigungsnormen zum

27) vgl. Urteil des EuGH v. 6. 4. 1962 in der Rechtssache 13/61 (Bosch), Rspr. VIII 105 ff 112, sowie Schumacher, Kartelle und Monopole I 347, 348/49

28) vgl. EuGH aaO (27)

29) Loi contre l'abus de la puissance économique, Moniteur belge 1960 S. 4674 ff, 5210

30) s. dazu Everling, Vorb. vor Art. 85 N. 4; Deringer, Bericht, Nr. 17-35; Müller-Henneberg, GemKomm I S. 57; Spengler, ebenda II N. 12-14

31) s. von der Groeben, WuW 1961, 373 ff 392/93

Eingreifen für die nationalen Behörden, sachlich beschränkte oder totale Direktwirkung) in der Literatur eine Reihe gegensätzlicher Theorien vertreten wurden³²⁾. Diese Rechtsunsicherheit wirkte sich in der Praxis vor allem bei der Frage aus, ob Vereinbarungen und Beschlüsse, die unter Art. 85 I fielen, als nichtig zu behandeln waren³³⁾.

Hinzu kam während der Beratungen über den Entwurf einer ersten Durchführungsverordnung nach Art. 87 der Streit darüber, ob Art. 85 III eine "Legalausnahme" - entsprechend Art. 59ter der französischen Kartellverordnung³⁴⁾ - oder einen "Erlaubnisvorbehalt" i. S. v. Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag und § 1 GWB enthält³⁵⁾. Nach der ersten Theorie³⁶⁾ würde eine Freistellungserklärung nur nachträglich - deklaratorisch - feststellen, daß ein Zusammenwirken von Anfang an - ipso iure - erlaubt war. Folgt man dagegen der Theorie vom Erlaubnisvorbehalt³⁷⁾, so kann die zuständige Behörde das Verbot des Absatzes I nur - konstitutiv - "mit Wirkung von dem Zeitpunkt der Entscheidung an für nicht anwendbar erklären"³⁸⁾. Rechtspolitisch steht hinter der ersten Theorie das Bestreben, die Kartelle erst nachträglich, nach ihrer volkswirtschaftlich "guten" oder "schlechten" Praxis zu beurteilen, während sie im zweiten Falle von vornherein, nach dem Wortlaut der Absprache, gewürdigt werden müssen. Andererseits hat die zweite Theorie den Vorteil, daß keine Ungewißheit darüber aufkommen kann, ob ein praktiziertes Kartell von Art. 85 I ausgenommen ist oder nicht.

-
- 32) vgl. z.B. die Übersichten bei Everling, Art. 85 N. 11 und Art. 88 N. 4; Thiesing in: v.d. Groeben/v. Boeckh, Vorb. 10 ff vor Art. 85; Baumbach-Hefermehl Vorb. 6 ff vor Art. 85; Spengler, GemKomm II N. 22; v.d. Groeben, WuW 1961, 373 ff 379; Deringer, Art. 85 N. 1 FN 3 u. 5.
- 33) s. die Übersichten von Steindorff, Kartelle und Monopole I, 157 ff 165 f; und ArchVR 1960, 426 ff; Deringer, Bericht, Nr. 51-54.
- 34) Ordonnance no. 45-1483 v. 30. 6. 1945 (J.O. v. 8. 7. 1945) i. d. F. d. Décret no. 53-704 v. 9. 8. 1953 (J.O. v. 10. 8. 1953); der Text beginnt mit den Worten: "Ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 bis ..."
- 35) dazu zusammenfassend Deringer, Bericht, Nr. 59-64, und WuW 1962, 81 ff 84
- 36) s. z.B. Rodière, Kartelle u. Monopole I 261 ff 264; Drouin, Le Monde v. 24. 2. 1961 (dazu kritisch Obernolte, EW 1961, 177); Sölter, WuW 1961, 665 ff 675; Armengaud, R.M.C. 1962, 84
- 37) s. z.B. die Mehrheit des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments, vgl. Deringer, Bericht, Nr. 63, 64.
- 38) so ausdrücklich Art. 1 II des Verordnungsentwurfs der Kommission, Dokument IV/KOM (60) 158 v. 28. 10. 1960, WuW 1960, 856

DER GEGENWÄRTIGE STAND DES KARTELLRECHTS DER EWG

I. Die Vereinbarkeit der Art. 85 I und 86 mit den einzelstaatlichen Verfassungen wird heute nur noch vereinzelt ¹⁾ verneint. Mit Spengler ²⁾ wird man jedoch sagen dürfen, daß "die historische Entwicklung inzwischen über anfangs vielleicht denkbare Eingreifen der Verfassungsgerichte hinausgeschritten" ist. Abgesehen davon sind die Bundesregierung und die wohl überwiegende Zahl der deutschen Staatsrechtslehrer zu dem Ergebnis gekommen, daß die nach Art. 24 I GG mögliche Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen zwar ihre Grenze an den nach Art. 79 III GG unantastbaren Fundamentalprinzipien des Grundgesetzes findet, andererseits aber grundsätzlich auch Verfassungsänderungen erlaubt ³⁾. Die Artikel 85 und 86 (bzw. insoweit das deutsche Zustimmungsgesetz) könnten nur als Beschränkungen der Vertrags- oder Vereinigungsfreiheit sowie des Eigentums verfassungswidrig sein. Die Zulässigkeit einer Kartellgesetzgebung nach dem sogenannten Verbotsprinzip ist aber in der Bundesrepublik bereits bei Gelegenheit der Schaffung des GWB überwiegend bejaht worden ⁴⁾. Auch die Art. 85, 86 sind daher aus Gründen des Gemeinwohls zulässig ⁵⁾.

Da die behördliche Feststellung, ob ein Verhalten gegen die Verbote der Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag verstößt, gegenüber diesen Verboten keinen zusätzlichen Eingriff in die Rechte der dem Verträge Unterworfenen darstellt, konnte das Feststellungsverfahren, wie in Art. 2 und 3 VO 17 geschehen, in einer Durchführungsverordnung nach Art. 87 d. V. geregelt werden ⁶⁾.

-
- 1) Kleemann S. 18 ff; zweifelnd auch Droste, NJW 1962, 1938 bis 1939, III
 - 2) GemKomm II N. 24
 - 3) s. dazu im einzelnen "Der Kampf um den Wehrbeitrag", Veröffentlichung des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz, 2 Bände, 1952/53; Erler, VVDStRL 18, 7 ff 40 f, sowie Thieme, ebenda S. 50 ff 55 f
 - 4) vgl. die Übersicht bei Müller-Henneberg, GemKomm. I S. 72
 - 5) Deringer, Art. 85 I N. 4, der auf Art. 14 GG und die entsprechenden Verfassungsbestimmungen in Frankreich, Italien und den Niederlanden verweist.
 - 6) vgl. Schlochauer JZ 1963, 105 ff 108 I.

II. 1) Mit dem Inkrafttreten der VO 17 ⁷⁾ (gem. Art. 191 I d. V.) am 13. 3. 1962 sind manche der genannten Streitfragen entschieden worden. So stellt Art. 1 der VO klar, daß Kartelle i. S. d. Art. 85 I und der Monopolmißbrauch i. S. d. Art. 86 grundsätzlich verboten sind, "ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung bedarf." Nach der VO sind die Artikel 85 I, 86 also Verbots-gesetze, die auf alle am 13. 3. 1962 bestehenden ("Altkartelle") oder seither zustande kommenden Wettbewerbsbeschränkungen ("Neukartelle") unmittelbar anzuwenden sind.

2) Die Unternehmen müssen daher von nun an einmal mit der Nichtigkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen auf Grund von Art. 85 II rechnen. Für die Zeit vom 1. 1. 1958 bis zum 12. 3. 1962 hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seinem Urteil vom 6. 4. 1962 ⁸⁾ allerdings entschieden:

7) Zum Gesamtinhalt der VO 17 vgl.

EWG-Kommission, 5. Gesamtbericht, Nr. 47, sowie das Merkblatt; Kommentare von Kleemann, Gleiss/Hirsch, Deringer und Spengler (Gem. Komm II);

Aufsätze:

deutsch: Deringer, E. W. 1962, 3; WuW 1962, 80; GRUR-AIT 1962, 283; Schumacher, Aussprache 1962, 35 und WuW 1962, 475; Weyer, DB 1962, 293, 325; Schlieder, BB 1962, 305; Obernolte WRP 1962, 103; Gleiss/Hirsch, AWD 1962, 121; Droste, NJW 1962, 1937;

französisch: Willemetz, Droit Européen 1962, 49; Le Tarnec, Gaz. Pal. 1962, Doctrine, 44; Françon, J. Dr. Int. 1962, 368;

italienisch: Franceschelli, Riv. Dir. Commerciale 1962, I, 429; Grisoli, ebenda S. 439; Pappalardo, Rivista delle Società 1962, 342

belgisch: van Hecke/Suetens, J. T. 1962, 361;

niederl.: Samkalden, SEW 1962, 108 ff, 205 ff, 273 ff.

8) - Rechtssache 13/61 - RSpr VIII 97 ff 113 (Fall Bosch), u. a.

abgedruckt in: BB 1962, 467 m. Anm. Weyer S. 470,

AWD " , 108 " " Deringer S. 109 u.

" " Gleiss/Hirsch 125,

DB " , 534 " " Menges S. 661,

WuW/E EWG/MUV 48;

franz.: Dalloz 1962, Jurispr., 357 m. Anm. Robert S. 363;

J. C. P. 1962, II, 12726 m. Anm. Jeantet;

J. T. 1962, 369;

niederl. S. E. W. 1962, 84 m. Anm. Samkalden S. 216;

ital.: Riv. Dir. Commerciale 1963, II, 1 m. Anm. Foschini;

Riv. Dir. Industriale 1962, II, 3 m. Anm. Franzosi.

Die Nichtigkeit nach Art. 85 II sei nur für diejenigen Vereinbarungen und Beschlüsse eingetreten,

- a) über welche die Behörden der Mitgliedstaaten auf Grund von Art. 88 ausdrücklich entschieden haben, daß sie unter Art. 85 I fallen und daß diese Bestimmungen nicht gemäß Art. 85 III für unanwendbar erklärt werden können; oder
- b) bezüglich deren die Kommission durch eine Entscheidung gemäß Art. 89 II festgestellt hat, daß sie dem Art. 85 widersprechen.

Damit hat sich der Gerichtshof für die Vergangenheit zu der sogenannten "Ermächtigungstheorie" bekannt, und zwar im wesentlichen mit der Begründung, die Verfahrensbestimmungen der Art. 88 und 89 d. V. seien nicht geeignet gewesen, den - grundsätzlich seit dem 1. 1. 1958 anwendbaren - Art. 85, insbesondere dessen Abs. III, anzuwenden⁹⁾.

3) Nach Art. 87 II b des Vertrages mußte es ein Hauptzweck der vom Rat zu erlassenden Vorschriften sein, "die Einzelheiten der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 festzulegen". Dabei war "dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen". Angesichts des Streits um die Rechtsnatur des Art. 85 III hat der Rat eine politische Kompromißlösung geschaffen¹⁰⁾. Die VO 17 geht von dem Grundsatz aus, daß eine Freistellungserklärung nur auf eine von den Unternehmen zu bewirkende, antragsähnliche "Anmeldung" hin (Art. 4 I, 5 I) und nur mit Wirkung vom Tage der Anmeldung an (Art. 6 I 2) erteilt werden kann. Dieses Prinzip ist aber in Art. 6 II zugunsten zweier Gruppen von Kartellen durchbrochen: einmal zugunsten der innerhalb der Frist des Art. 5 I¹¹⁾ angemeldeten Altkartelle, zum anderen zugunsten der Alt- oder Neukartelle, die zu der vorläufig¹²⁾ als "weniger schädlich für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes" angesehenen, großen Gruppe gehören, deren Merkmale in Art. 4 II aufgezählt sind. Auf beide Kategorien kann die Erklärung auch rückwirkend, mit Wirkung vom Zeitpunkt ihres Entstehens abgegeben werden. Die Kommission¹³⁾ ist darüber hinaus der Ansicht, daß

9) aaO (8) S. 112/113

10) s. dazu vor allem Deringer in WuW 1962, 81 ff, 83-89, sowie im Kommentar, Art. 4 VO 17 N. 1-4, Art. 6 VO 17 N. 3 ff; Weyer, DB 1962, 294-296; Schlochauer, JZ 1963, 107 III

11) - d. h. bis zum 1. 11. 1962 bzw. (nur 2 Beteiligte) 1. 2. 63 -

12) s. Präambel der VO, Erwägungen 5, 6 sowie Art. 22 VO 17

13) Merkblatt S. 11; Schlochauer, WuW 1962, 475 ff, 477, 480; ebenso Hellmann/Pfeiffer, AWD 1962, 242; Kirschstein, WuW 1965, 366 FN 29; Mailänder S. 51 FN 15; a. M. Weyer, AWD 1962 315; Schlochauer, JZ 1963, 105 ff, 107 r; zweifelnd Deringer, GRUR-Alt 1962, 283 ff 287 und Kommentar Art. 4 VO 17 N. 6, 7; Gleiss/Hirsch, Art. 4 VO 17 N. 4

die Beteiligten in den Fällen des Art. 4 II "auch ohne formelle Anmeldung" die Freistellung erlangen können. Während der Rat also im Grundsatz der Lehre vom "Erlaubnisvorbehalt" gefolgt ist, stellt die Regelung der unter Art. 4 II fallenden Kartelle praktisch ein erhebliches Zugeständnis an die Theorie der "Legal Ausnahme" dar¹⁴⁾. Andererseits spricht die Regelung des Art. 8 VO 17, wonach die Erklärung nur für eine bestimmte Zeit angegeben wird, mit Bedingungen und Auflagen verbunden und u. U. sogar rückwirkend widerrufen werden kann, sehr für eine "Erlaubnis" im Sinne des § 11 GWB, wo die gleichen Modalitäten der Erteilung vorgesehen sind. Im Ganzen wird man daher sagen können, daß die Theorie vom Erlaubnisvorbehalt die Natur des Art. 85 III auch angesichts des Kompromisses der VO 17 besser zu erklären vermag¹⁵⁾.

Wegen der Kompromißlösung ist die zivilrechtliche Lage der Vereinbarungen und Beschlüsse, die unter Art. 85 I des Vertrages fallen und für welche die Beteiligten Art. 85 III in Anspruch nehmen wollen, recht unübersichtlich¹⁶⁾.

a) Seit dem 13. 3. 1962 unheilbar nichtig sind jedenfalls die anzumeldenden Artkartelle, die nicht gemäß Art. 5 I der VO rechtzeitig angemeldet worden sind¹⁷⁾.

b) Anzumeldende Neukartelle sind nach Art. 4 I i. V. m. Art. 6 I 2 so lange nichtig¹⁸⁾ oder zumindest unwirksam¹⁹⁾ wie sie nicht angemeldet worden sind.

14) vgl. Deringer WuW 1962, 81 ff, 86-87; Weyer DB 1962 294 98; Schlieder, BB 1962, 305 ff 308; Obernolte, WRP 1962, 106; Bernini, J. T. 1963, 345 ff 346

15) Lagrange, Schlußvortrag v. 27. 2. 1962 i. S. 13/61, RSpr. VIII 123 ff, 143; Deringer Art. 6 N. 4

16) vgl. die Übersichten im Merkblatt, 2. Teil III 5 und bei Deringer, Art. 6 N. 11-16 und Art. 85 II N. 66-69; s. a. Steindorff, Ophüls-Festschrift S. 209 ff

17) EuGH aaO (8) Tenor Nr. 3; Merkblatt S. 17/18; a. M. Deringer aaO (16) N. 10, 14, der "Unwirksamkeit" annimmt, mit der Folge, daß ohne Neugründung des Kartells eine verspätete Anmeldung als Neukartell möglich wäre.

18) Merkblatt S. 14/15; Schumacher WuW 1962, 478

19) Deringer, Art. 6 VO 17 N. 5, 12 unter Berufung auf Menges, DB 1962, 661, 663

c) Angemeldete Neukartelle i. S. d. Art. 4 I sind vom Zeitpunkt der Anmeldung an ²⁰⁾, gem. Art. 5 I rechtzeitig angemeldete Altkartelle sind seit dem 13.3.1962 so lange als "vorläufig gültig" anzusehen, bis über ihren Antrag entschieden wird ²¹⁾.

d) Ebenso "vorläufig gültig" sind seit dem 13.3.1962 bis zur Entscheidung alle nicht anmeldebedürftigen Alt- und Neukartelle (Art. 5 II und 4 II). Der Gerichtshof ²¹⁾ bezeichnet zwar diese Gruppe im Gegensatz zur vorhergehenden als schlechthin "gültig", doch ist diesem Unterschied wohl keine rechtliche Bedeutung beizulegen, weil er mit Art. 7 und 6 II kaum zu vereinbaren ist ²²⁾.

e) Wird die Erklärung nach Art. 85 III verweigert, so sind alle Kartelle, gleichgültig ob sie anzumelden waren oder nicht, nichtig, und zwar Altkartelle vom 13.3.1962 an, Neukartelle seit ihrem Entstehen ²³⁾.

f) Altkartelle können aber, falls sie in der Zukunft ihr Verhalten einstellen oder den Vertrag anpassen, nach Art. 7 der VO eine rückwirkende Befreiung von dem Verbot und damit von der Nichtigkeitsfolge ²⁴⁾ erlangen, auch wenn sie Art. 85 III nicht erfüllen. In diesem Falle müssen auch die unter Art. 4 II fallenden Kartelle innerhalb der Frist des Art. 7 II ²⁵⁾ angemeldet sein. Eine solche Entscheidung kann allerdings denjenigen Kartellmitgliedern, die der Anmeldung nicht ausdrücklich zugestimmt haben, nicht entgegengehalten werden (Art. 7 I 2).

20) ebenso werden verspätet angemeldete anmeldebedürftige Altkartelle behandelt - vgl. Schlieder, BB 1963, 1040. -

21) Der Gerichtshof verwendet im Bosch-Urteil (aaO- FN 8 - S. 114), das sich allerdings nur auf Altkartelle bezieht, eine Art "schwebende Wirksamkeit" (kritisch dazu Weyer, BB 1962, 470; Schumacher, WuW 1962, 479; Waelbroeck, R. C. D. I. P., 1962, 415 ff 440 f); so auch OLG München, Urteil vom 30.5.1963, WuW/E OLG 556, 557; BGH, Urteil vom 14.6.1963 - KZR 5/62 - "Trockenrasierer", WuW/E BGH 551 ff 556, der betont, daß die Figur der vorläufigen Gültigkeit eindeutig sei und - wörtlich genommen - auch im deutschen Rechtsbereich einen vollziehbaren Inhalt habe (z. T. kritisch dazu; Steindorff, JZ 1964, 221 ff Abschn. III. 2. -3. a, sowie Op-hüls-Festschrift S. 225/226)

22) Weyer aaO (21); Deringer, AWD 1962, 109, Fußn. 10; zweifelnd Gleiss/Hirsch Art. 1 VO 17 N. 8

23) EuGH aaO (21)

24) d. h. einen Aufschub der sonst am 13.3.1962 eintretenden Nichtigkeit.

25) i. d. F. d. VO Nr. 118 v. 5.11.1963, ABl. S. 2696/63

Dagegen soll diese Erklärung gegenüber Dritten zivilrechtlich wirksam sein²⁶⁾. Für die Zeit bis zur Entscheidung nach Art. 7 besteht ein "Schwebezustand"²⁷⁾. Wird die Erklärung nach Art. 7 abgelehnt, so ist das (Alt-)Kartell vom 13. 3. 1965 an unheilbar nichtig.

Nachdem die Kommission mit Anmeldungen überhäuft worden war²⁸⁾, hat der Ministerrat die Kommission durch seine Verordnung N. 12 65 EWG vom 2. 3. 1965 - VO 19 -²⁹⁾ ermächtigt, Art. 85 I durch Verordnung auf Gruppen von Absprachen für nicht anwendbar zu erklären³⁰⁾. Eine solche Freistellung wirkt vom Tage ihres Inkrafttretens, ohne daß es im Einzelfall noch einer Anmeldung bedarf. Eine vorsorgliche Anmeldung bleibt jedoch zulässig. Sie ist geboten, wenn die Antragsteller in den Genuß der nach Art. 3 VO 19 möglichen Rückwirkung oder der (Art. 7 VO 17 entsprechenden) Amnestie nach Art. 4 VO 19 kommen wollen³¹⁾.

4. Akteile sind die Art. 85 ff EWG-Vertrag für die Unternehmen besonders dadurch geworden, daß die VO 17 in den Art. 15 und 16 auf der Grundlage des Art. 87 I a empfindliche Sanktionen, nämlich Geldbußen und Zwangsgelder vorsieht, um die Beachtung der Verbote ... zu gewährleisten. Es handelt sich bei den Geldbußen um Ordnungsstrafen, nicht um Entscheidungen strafrechtlicher Art (Art. 15 IV). Insbesondere kann die Kommission nach Art. 15 II a gegen die Unternehmen Bußen bis zu vier Millionen DM (s. Art. 18) oder über diesen Betrag hinaus bis zu 10 vom Hundert des Jahresumsatzes festsetzen, wenn sie nach dem

26) Weyer, DB 1962, 295; Deringer Art. 7 VI 17 N. 6; zweifelnd Gleiss/Hirsch, Art. 7 VO 17 N. 5; eingehend zu den zivilrechtlichen Folgen Kaul, AWD 1963, 99 ff 101-104; s. a. Spengler, GemKomm II, N. 78; Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Vertrag hatte Deringer (WuW 1962 89) geäußert.

27) Das Merkblatt verwendet S. 17 und 19 diesen Ausdruck ebenso hinsichtlich der Zeit von der Anmeldung bis zur Entscheidung nach Art. 85 III. M. E. ist jedoch zu unterscheiden: Ist die Erklärung nach Art. 85 III abgelehnt und nur noch über Art. 7 zu entscheiden, so muß das Kartell schwebend unwirksam sein (so daß also auch keine vorläufige Gültigkeit i. S. des EuGH anzunehmen ist). Dafür spricht der Ausnahmecharakter der Vorschrift und ihr Abs. 1 Satz 2, der das Lossagen vom Vertrage sanktioniert.

28) vgl. 7. Gesamtbericht Nr. 65; 8. Gesamtbericht Nr. 56

29) ABl. 1965, 533

30) vgl. im einzelnen Kirschstein, WuW 1965, 361 und Deringer, WuW-Kommentar (WuW 1965, 447)

31) Deringer, VO 19 N. 2, 9

13. 3. 1962 vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 85 I oder Art. 86 verstoßen. Die Geldbuße darf allerdings nicht für Handlungen festgesetzt werden, die Altkartelle vor ihrer (nach Art. 5 I oder 7 II rechtzeitigen) Anmeldung oder Alt- und Neukartelle in der Zeit zwischen Anmeldung und Entscheidung begehen, soweit die Handlungen in den Grenzen der in der Anmeldung dargelegten Tätigkeit liegen; Art. 15 V. Daneben³²⁾ können die Unternehmen nach Art. 16 I a durch die Androhung von Zwangsgeldern von zweihundert bis viertausend DM für jeden Tag des Verzuges u. a. dazu angehalten werden, Verstöße gegen Art. 85 I oder 86 zu unterlassen, zu deren Abstellung sie durch eine Entscheidung nach Art. 3 VO 17 verpflichtet worden sind.

5) Zuständigkeitsregelung

a) Verfahrensrechtlich hat die VO 17 insofern Klarheit geschaffen, als sie in Art. 9 I der Kommission die ausschließliche Zuständigkeit für die Erklärung nach Art. 85 III EWG-Vertrag (Art. 6, 8 I VO 17) überträgt. Dies gilt auch für die Befugnis, die Erklärung zu erneuern (Art. 8 II) und sie zu widerrufen, zu ändern oder den Beteiligten bestimmte Handlungen zu untersagen (Art. 8 III).

b) Auch für die Erklärung nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 VO 17 muß die Kommission ausschließlich zuständig sein. Diese Entscheidung stellt eine zeitlich begrenzte "Nichtanwendbarkeitserklärung" über Art. 85 III hinaus dar. Sie könnte daher auch auf Grund des Art. 9 III VO 17 i. V. m. Art. 88 d. V. nicht von einer nationalen Behörde abgegeben werden; denn nach diesen Vorschriften sind die Behörden der Mitgliedstaaten nur befugt, "Art. 85 Abs. 1" im Rahmen ihres Verfahrensrechts anzuwenden", d. h. gegen Verstöße einzuschreiten oder sonstige Folgerungen daraus zu ziehen.

c) Ihrem Wesen nach ausschließlich ist ferner die der Kommission in Art. 12 VO 17 übertragene Zuständigkeit zur "allgemeinen Untersuchung von Wirtschaftszweigen"³³⁾. Denn die Behörden der einzelnen Mitgliedstaaten sind auf Grund

32) - analog §§ 81, 86 I GWB i. V. m. § 13 VI des deutschen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (BGBl. 1953 I 157) - Deringer, Art. 3 VO 17 N. 10, sowie Art. 15 VO 17 N. 2.

33) Bedenken gegen diese weitgehende Befugnis der Kommission haben Deringer (EW 1962, 3 ff 8 und WuW 1962, 92), Obornolte (WRP 1962, 110) und Gleiss/Hirsch (A t. 12 N. 1) geäußert.

des Vertrages oder der VO 17 nicht befugt, auf dem Staatsgebiet der übrigen Mitgliedstaaten Auskünfte zu verlangen und durch Entscheidungen zu erzwingen, wie dies Art. 12 i. V. m. Art. 11 und 16 VO 17 vorsieht.

d) Überhaupt sind alle Entscheidungen, die auf Grund der VO 17 von der Kommission getroffen werden und in einem positiv geregelten Verwaltungsvorhaben vor ihr ergehen, als technische Entscheidungen allein der Kommission vorbehalten, weil die VO 17 den Behörden der Mitgliedstaaten keine zusätzliche Befugnis überträgt. In diesem Sinne ist die Kommission auch für die auf Grund der Art. 2, 3, 11, 13 und 14 sowie 15 und 16 ergehenden Entscheidungen "ausschließlich zuständig." ³⁴⁾ Der Sache nach kann aber auch das Recht der Mitgliedstaaten solche Zuständigkeiten der nationalen Kartellbehörden vorsehen, die über Art. 88 d. V. auch für die Art. 85, 86 gelten würden. So kennen die Kartellgesetze Belgiens, der Bundesrepublik, Frankreichs und der Niederlande Auskunfts- und Prüfungsbefugnisse ³⁵⁾ sowie Sanktionsnormen ³⁶⁾, die auch zur Ermittlung und Ahndung von Verstößen gegen die EWG-Wettbewerbsregeln eingesetzt werden können, solange die nationalen Behörden nach Art. 9 III VO 17 zuständig sind.

Art. 9 III VO 17 regelt, wann die auf Art. 88 d. V. gegründete Zuständigkeit der nationalen Behörden zur Anwendung, d. h. zur Durchsetzung der Verbote endet ³⁷⁾. Danach "bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig. Art. 85 I und Art. 86 nach Art. 88 des Vertrages anzuwenden", "solange die Kommission kein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 eingeleitet hat." Diese Vorschrift wird im Verlaufe der folgenden Darstellung, vor allem in den §§ 5, 9 und 10 noch näher behandelt. Hier sei lediglich angemerkt:

Obwohl Art. 9 III von einem Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 spricht, bleibt im Rahmen des gestellten Themas Art. 6 VO 17 - die Erklärung nach Art. 85 III - ausgeklammert. Da die Kommission kraft Art. 9 I VO 17 vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof zur Abgabe der Erklärung ausschließlich zuständig ist, sind die einzelstaatlichen Kartellbehörden und die Gerichte ³⁸⁾

34) vgl. Schlieder BB 1962, 310; Pappalardo, Riv. delle Società 1962, 342 ff 369

35) s. d. Übersicht bei Deringer, Art. 11 VO 17 FN 1

36) s. d. Übersicht bei Deringer, Art. 15 FN 1

37) Nach Auffassung Deringers (Art. 15 VO 17 N. 3) ist die Kommission seit Inkrafttreten der VO 17 zur Verhängung von Geldbußen ausschließlich zuständig (zweifelnd anscheinend noch bei Art. 9 VO 17 N. 32); vgl. dazu unten § 9 II 2 c (bei FN 7)

38) allgemeine Meinung - s. z. B. Lagrange, Schlußvortrag im Falle Bosch (13/61) vom 27. 2. 62, RSpr. EuGH VIII 123 ff 141; Mailänder S. 63; Deringer, Art. 9 VO 17 N. 2, 3, der darauf hinweist, daß etwas anderes nur gelten könne, wenn man trotz der Art. 6, 8 VO 17 den Art. 85 III als

jedenfalls an eine solche Entscheidung gebunden.

Problematisch bleibt jedoch, wie ein Zivilgericht verfahren soll, wenn es über eine seiner Ansicht nach unter Art. 85 I fallende Absprache für einen Zeitraum zu entscheiden hat, über den (u. U. rückwirkend gem. Art. 6 I 2, II VO 17) noch eine Freistellung möglich ist. Unabhängig davon, ob die Gerichte zu den "Behörden der Mitgliedstaaten" i. S. d. Art. 9 III VO 17 gehören (s. u. § 10), ist dann darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Kommission über die Freistellung in ausschließlicher Zuständigkeit entscheidet. Daher darf das Gericht keine endgültigen Rechtsfolgen (etwa einen Bereicherungsanspruch wegen Erfüllung der Absprache) zusprechen, sondern muß insoweit das Verfahren aussetzen³⁹⁾. Umstritten ist insbesondere noch, ob Neukartelle (ebenso wie Altkartelle - s. o. 2 - 3) bis zur Entscheidung über die Freistellung als "vorläufig gültig" zu behandeln sind⁴⁰⁾, und ob während der "vorläufigen Gültigkeit" bzw. der "schwebenden Unwirksamkeit" bereits vorläufige Rechtsfolgen (Unterlassungsgebote) zuerkannt werden können⁴¹⁾.

Fortsetzung der Fußnote 38)

Legalausnahme betrachten würde. Nach dieser Theorie würde sich allerdings meist praktisch nichts anderes ergeben, weil die Vertreter dieser Theorie gleichzeitig dazu neigen, Art. 9 III VO 17 auch auf die Gerichte zu beziehen (s. dazu unten § 10 I 2)

- 39) so z. B. Schlieder, BB 1962, 310; Jeantet, J. C. P. 1962 II 12 726; Waelbroeck, R. C. D. I. P. 1962, 436; zweifelnd z. B. Lagrange aaO (38) S. 145/46
- 40) so z. B. Deringer, Art. 85 II N. 56 ff 65 m. Nachw.; dagegen Steindorff, Ophüls-Festschrift S. 225 ff; Mailänder S. 56
- 41) so im Anschluß an das Tribunal de Commerce de la Seine v. 5. 3. 1963, Dalloz 1963, Jurispr. 367 ("Whisky I") m. Anm. Robert; Deringer Art. 85 II N. 81; Mailänder S. 52-54; Alexander, C. M. L. R. 1 (1963/64) 431 ff 446/47

Zweites Kapitel DIE GESETZLICHEN GRUNDLAGEN

§ 4

ANWENDUNGSBEREICH DER ART. 2 UND 3 VO 17

I. Wenn oben (§ 1 III) betont wurde, daß die Art. 85 ff des EWG-Vertrages und die VO 17 unmittelbar für die Unternehmen in jedem Mitgliedstaat gelten, so mußte dabei die umstrittene Frage offen bleiben, welcher Art diese "Geltung" ist, wenn derselbe Sachverhalt sowohl vom innerstaatlichen als auch vom EWG-Kartellrecht erfaßt wird, wie das bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig der Fall ist. Art. 87 II e d. V. gibt dem Rat auf, in Durchführungsbestimmungen dieses Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und den EWG-Wettbewerbsregeln festzulegen. Die VO 17 enthält noch keine solche Regelung. Auf das Problem der Konkurrenz und des Rangverhältnisses zwischen innerstaatlichem und Gemeinschaftsrecht ist in dieser Arbeit erst dort einzugehen, wo es die Tragweite der feststellenden Entscheidungen der Kommission im innerstaatlichen Bereich zu klären gilt ¹⁾. Dabei bleibt das nationale Recht grundsätzlich außer Betracht. Denn das Recht der EWG bildet eine von den nationalen Normen unabhängige, in sich geschlossene Rechtsordnung. Die Kommission hat nur das Gemeinschaftsrecht anzuwenden (Art. 155 EWG-Vertrag), und der Gerichtshof achtet lediglich auf die Wahrung des Rechts "bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages" (Art. 164), so daß er sich im Regelfall nicht über staatliches Recht auszusprechen hat ²⁾.

II. Nach Wortlaut und Sinn finden die Wettbewerbsregeln für Unternehmen grundsätzlich auf alle Wirtschaftszweige Anwendung. Wie aus Art. 85 I d) und e) sowie aus Art. 90 II d. V. hervorgeht, ist unter dem "Handel zwischen Mitgliedstaaten" nicht nur der Austausch von Waren, sondern der gesamte Wirtschaftsverkehr einschließlich des Austauschs von Diensten und sonstigen Leistungen zu verstehen ³⁾. Insbesondere fallen also auch die Kredit- und Versicherungs-

1) s. u. §§ 9 IV

2) ständige RSpr. des EuGH - s. z. B. Urteile vom 4. 2. 1959 - 1/58 (Storck) - RSpr. V/47 ff; 63 f; vom 6. 4. 1962 - 13/61 (Bosch) - Rspr. VIII 97 ff 110

3) s. z. B. Everling, Art. 85 N. 4; Deringer Art. 85 I N. 38; Kommission lt. FAZ v. 8. 4. 1964

wirtschaft unter die Art. 85 ff ⁴⁾. Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten für Kohle und Stahl (Art. 232 I EWG-Vertrag), spaltbare Stoffe i. S. d. Euratom-Vertrages (Art. 232 II) und landwirtschaftliche Erzeugnisse (Art. 42). Ferner kann der Rat gem. Art. 87 II c "gegebenenfalls den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 für die einzelnen Wirtschaftszweige näher ... bestimmen"; von dieser Ermächtigung hat er durch Erlaß der Verordnung Nr. 141 vom 26. November 1962 ⁵⁾ betreffend den Verkehr Gebrauch gemacht. Die Regelungen dieser Ausnahmen bieten kein einheitliches Bild.

1) Art. 232 I d. V. stellt klar, daß die Bestimmungen des EGKS-Vertrages, insbesondere über die Befugnisse der Organe und das Funktionieren des gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl, als Sondergesetze den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages vorgehen. Montanunternehmen i. S. d. Art. 80 EGKS-V. sind demnach von den Art. 85, 86, 90 und allen Verfahrensvorschriften des EWGV ausgenommen. Kartelle und Zusammenschlüsse werden von der ausschließlich zuständigen Hohen Behörde (Art. 65 § 4 II) allein nach den Art. 65 und 66 EGKS-V. beurteilt.

2) Art. 232 II bestätigt, daß insbesondere durch die Art. 45 ff (gemeinsame Unternehmen), Art. 52 ff (Versorgung), und 86 ff (Eigentum) des Euratom-Vertrages die davon erfaßten spaltbaren Produkte vom freien Wirtschaftsverkehr ausgeklammert sind. Danach gelten die Art. 85 ff EWGV einschließlich der VO 17 schon ihrem Wesen nach nicht für Verhaltensweisen, die den Handel mit derartigen Stoffen berühren.

3) Nach Art. 42 EWG-Vertrag finden die Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse (i. S. von Anhang II zum Vertrag) und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung, als der Rat dies unter Berücksichtigung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik (Art. 39) bestimmt.

Mit Art. 1 der VO Nr. 26 vom 4. April 1962 ⁶⁾ hat der Rat inzwischen bestimmt, daß "die Artikel 85 bis 90 sowie die zu ihrer Anwendung ergangenen Bestimmungen" grundsätzlich auf den Agrarmarkt anzuwenden sind. Gem. Art. 2 I dieser VO gilt jedoch Art. 85 I nicht für Absprachen,

4) Merkblatt 1, Teil VI; Deringer Art. 87 N. 29

5) ABl. S. 2751/62

6) ABl. S. 993/62, gem. VO Nr. 49 v. 29. 6. 1962 (ABl. S. 1571/62) in Kraft getreten am 30. Juli 1962

- die a) wesentlicher Bestandteil einer einzelstaatlichen Marktordnung oder
b) zur Verwirklichung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik notwendig
sind.

Art. 2 II VO 26 trifft zur Anwendung dieser Ausnahme eine besondere Regelung des Verfahrens. Danach ist die Kommission "ausschließlich zuständig", durch Entscheidung "festzustellen, welche Beschlüsse, Vereinbarungen und Verhaltensweisen die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen". Die Kommission trifft diese Feststellung entweder von Amts wegen oder auf Antrag Art. 101. Auf ihre Rechtsnatur und Bedeutung für das gestellte Thema wird später⁷⁾ noch einzugehen sein. Hier sei nur vermerkt, daß die VO 17 grundsätzlich auch für den Agrarmarkt gilt. Das besondere Verfahren des Art. 2 II bis IV VO 26 ist nur dann einzuhalten, wenn geklärt werden soll, ob Art. 85 I gerade wegen der Besonderheiten der nationalen oder europäischen Agrarmarktordnungen ausnahmsweise unanwendbar ist.

4) Wieder anders ist die Regelung auf dem Gebiete des Verkehrs. Da der Vertrag in den Art. 74 ff einerseits eine besondere gemeinsame Verkehrspolitik anstrebt, andererseits aber lediglich in Art. 77 Beibehalten einer speziellen Wettbewerbsregel aufstellt, ist es unstritten, ob die Artikel 85 ff grundsätzlich auf den Verkehr Anwendung finden sollen⁸⁾. Der Rat hat diese Frage in Art. 1 seiner VO Nr. 141 v. 26. November 1962⁹⁾ wohl offen lassen wollen¹⁰⁾, indem er gewisse Absprachen, die unmittelbar die Erbringung von Verkehrsleistungen betreffen, lediglich von der Anwendung der VO 17 ausnimmt: für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr gilt diese Ausnahme nur bis zum 31.12.1967. Allerdings stützt der Rat die Verordnung "insbesondere auf Art. 85", nach dessen Absatz 2 c) er den Anwendungsbereich der Art. 85 und 86 für die einzelnen Wirtschaftszweige näher bestimmen kann. Daraus ist zu schließen, daß der Rat die Wettbewerbsregeln grundsätzlich für auf den Verkehr anwendbar hält. Die Ausnahme von der VO 17, nicht aber von den Art. 85, 86 hat zur Folge, daß rückwirkend ab 13.3.1962 (Art. 4 VO 141) der Rechtszustand ein-

7) - bei der Frage der Zulässigkeit von feststellenden Entscheidungen hinsichtlich unter die Ausnahmebereiche fallender Absprachen (u. § 6 II A 4) -

8) vgl. die Übersicht bei Deringer, Art. 87 N. 31, Fußnoten 28-31, sowie Gleiss/Hirsch, AWD 1963, 34

9) ABl. S. 2751/62, geändert durch die VO Nr. 165/65/EWG vom 9.12.1965, ABl. S. 3141/65; zur Entstehungsgeschichte siehe Deringer Art. 87 N. 32.

10) so Deringer aaO N. 33 a)

tritt, der für alle Kartelle vor Inkrafttreten der VO 17 galt¹¹⁾. Das Verfahren bestimmt sich also noch nach den Art. 88, 89¹²⁾, während die zivilrechtliche Gültigkeit von Vereinbarungen und Beschlüssen gemäß den im Bosch-Urteil¹³⁾ aufgestellten Grundsätzen zu beurteilen ist.

Auf die verfahrensrechtliche Bedeutung der Ausnahme wird noch zurückzukommen sein¹⁴⁾.

III. Nicht eindeutig ist die Sonderstellung, die Art. 90 d. V. vorsieht für (Absatz 1) öffentliche Unternehmen und

Unternehmen, denen ein Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, sowie

(Absatz 2) Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben.

1) Seinem Wortlaut nach wendet sich Absatz 1 nur an die Mitgliedstaaten, indem er ihnen aufgibt, u. a. keine den Art. 85, 86 widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Im Schrifttum wird überwiegend angenommen, daß Art. 90 I - wie sich u. a. aus Abs. II ergebe - die grundsätzliche Anwendung der Art. 85, 86 auch auf die wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Unternehmen - zumindest solche privater Rechtsform oder mit eigener Rechtspersönlichkeit¹⁵⁾ voraussetze und lediglich sicherstellen solle, daß die Unternehmen nicht durch hoheitliche Maßnahmen zu einem - auf Grund öffentlicher Verpflichtung gerechtfertigten¹⁶⁾ Verhalten veranlaßt werden, das den Zielen der EWG-Wettbewerbspolitik widerspräche¹⁷⁾.

11) so Deringer aaO N. 33 d und Gleiss/Hirsch, AWD 1963, 34/35

12) s. o. § 2

13) s. o. § 3 FN 8

14) s. u. § 6 II A 4, § 7 II A 3

15) s. zu diesem Problem unten § 6 I A 2

16) s. dazu Deringer Art. 85 I N. 2; vgl. einerseits Art. 59-ter des französischen Dekrets Nr. 53-704 (J. O. 1953, 7045), andererseits § 98 I GWB; zur Problematik s. Spengler, Gem.-Komm. II N. 74 mit weiteren Beispielen; vgl. Ipsen, NJW 1964, 2336.

17) vgl. Everling, Art. 90 N. 1-3; Thiesing in von der Groeben/von Boeckh, Art. 90 N. 3; Obornolte, EW 1960, 223, 241; zweifelnd Spengler, GemKomm. II N. 70

Auch die Kommission will die Art. 85, 86 sowohl auf private als auch auf öffentliche Unternehmen anwenden¹⁸⁾. Diese Auffassung ist vor allem deshalb vertretbar, weil Art. 90 III eine besondere verfahrensrechtliche Entscheidungsbefugnis der Kommission lediglich gegenüber den Mitgliedstaaten schafft, die als Ergänzung zu den der Kommission nach den allgemeinen Wettbewerbsregeln gegenüber den einzelnen Unternehmen zustehenden Befugnissen sinnvoll erscheint. Erst wenn sich das Einzelunternehmen im Verfahren nach der VO 17 zur Rechtfertigung auf die staatliche Maßnahme beruft, sollte das in die staatliche Souveränität eingreifende Verfahren nach Abs. III angezeigt sein. Öffentliche Unternehmen fallen daher grundsätzlich unter die VO 17.

2) Für die in Art. 90 II genannten Unternehmen

"gelten ... die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft."

Damit ist eine echte Ausnahme von den Art. 85 und 86 geschaffen, die allerdings von zahlreichen umstrittenen Voraussetzungen abhängt. Während man darüber einig ist, daß mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse "betraut" ein Unternehmen ist, das diese Aufgabe auf Grund der Übertragung von Befugnissen durch Hoheitsakt ausübt¹⁹⁾, ist beispielsweise streitig, ob die öffentlichen Versorgungsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland²⁰⁾ unter Art. 90 II fallen²¹⁾.

Nach Spengler²²⁾ soll die Kommission auch im Bereich des Art. 90 II auf das mittelbare Erzwingungsverfahren nach Art. 90 III beschränkt sein. Auf die prozessualen Folgen der Teilausnahme des Art. 90 wird unten noch näher einzugehen sein²³⁾.

Hier sei nur festgehalten, daß mit der Einordnung eines Unternehmens unter Art. 90 II noch nicht notwendig entschieden ist, ob die Verfahrensregeln der Art. 2 und 3 VO 17 damit gleichfalls ausgeschlossen sind. Es ist denkbar, daß die von

18) Merkblatt, 1. Teil V.

19) siehe z.B. Everling, Art. 90 N. 4; Deringer, Art. 87 N. 30

20) für Wasser, Gas, Elektrizität usw. - vgl. § 103 GWB

21) verneinend Malzer (WuW 1963 203 ff 214/15) gegen Everling aaO (19) und Günther (WuW 1957, 289); vgl. Deringer, Art. 90 N. 82

22) aaO (17)

23) § 6 II A 4.

Art. 90 aufgeworfenen schwierigen Auslegungsfragen gerade im Wege feststellen-der Entscheidungen geklärt werden könnten. Unter diesem Gesichtspunkt werden auch die übrigen Bereichsausnahmen noch zu prüfen sein.

§ 5

DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE ¹⁾

I. Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen

Der Rat geht in der Präambel zur Verordnung Nr. 17 u. a. von folgender (sechster) Erwägung aus:

"Die Unternehmen können ein Interesse daran haben zu erfahren, ob Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen, an denen sie beteiligt sind oder sich zu beteiligen beabsichtigen, der Kommission Anlaß geben können, auf Grund des Artikels 85 Absatz 1 oder des Artikels 86 einzuschreiten."

Dementsprechend bestimmt Art. 2 VO 17: " - Negativattest -

Die Kommission kann auf Antrag der beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen feststellen, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise auf Grund von Artikel 85 Absatz I oder Artikel 86 des Vertrages einzuschreiten."

Nach Art. 3 VO 17 kann die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen - positiv -

"eine Zuwiderhandlung gegen Art. 85 oder 86" feststellen, (Abs. 1, 1. Teil), d.h. aussprechen,

"daß eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine Verhaltensweise gegen Art. 85 (oder 86) des Vertrages verstößt".

Antragsberechtigt sind nach Abs. II

- a) Mitgliedstaaten,
- b) Personen und Personenvereinigungen, die "ein berechtigtes Interesse" darlegen.

1) vgl. dazu Deringer, WuW 1962, 81 ff 90, sowie WuW-Komm., Art. 2 VO 17 N. 1, Art. 3 VO 17 N. 1 und Art. 9 VO 17 N. 1; Weyer DB 1962, 293 ff 296 und 326; Samkalden, SEW 1962, 205 ff 207 - 213

Stellt die Kommission in der geschilderten Weise eine Zuwiderhandlung fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen "durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen" (Abs. 1, 2. Teil).

Sie kann aber auch - bevor sie eine Entscheidung nach Absatz 1 erläßt - "Empfehlungen zur Abstellung der Zuwiderhandlung an die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen richten" (Abs. III).

Zur Frage der Bindung nationaler Kartellbehörden und Gerichte an die nach Art. 2 oder 3 getroffenen Feststellungen enthält die VO 17 keine ausdrückliche Vorschrift. Nach Art. 9 II ist die Kommission "zuständig, Art. 85 I und Art. 86 des Vertrages anzuwenden". Art. 9 III bestimmt:

"Solange die Kommission kein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Art. 85 I und Art. 86 nach Art. 88 d. V. anzuwenden ..." ²⁾.

II. Vorgeschichte

1) Als Vorbild für die genannten Bestimmungen konnte die einzige vergleichbare, ältere Regelung des europäischen Gemeinschaftsrechts dienen, die im Kartellrecht des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 ³⁾ enthalten ist. Wie Art. 85 EWGV verbietet Art. 65 § 1 EGKSV gewisse Vereinbarungen, Beschlüsse und verabredete Praktiken (*pratiques concertées*), die gemäß § 2 genehmigt werden können; nach § 1 verbotene Rechtsgeschäfte sind nichtig (§ 4 I). Nach Art. 65 § 4 II ⁴⁾ ist die Hohe Behörde vorbehaltlich der beim Europäischen Gerichtshof zu erhebenden Klagen (Art. 33 EGKSV)

"ausschließlich zuständig, darüber zu entscheiden, ob die genannten Vereinbarungen oder Beschlüsse mit den Bestimmungen dieses Artikels im Einklang stehen."

Kommt es also in einem Rechtsstreit vor einem Zivilgericht eines Mitgliedstaats auf diese Frage an ⁵⁾, so hat das Gericht das Verfahren auszusetzen ⁶⁾ und die

2) s.o. § 3 II 5

3) BGBI. 1952 II 447, geändert BGBI. 1960 II 1573

4) siehe dazu z.B. Matthies JZ 1954, 305 ff 307

5) vgl. aus der deutschen Praxis LG Essen, BB 1953, 991

6) - und zwar schon nach Art. 65 § 4 II, nicht nur auf Grund sonstigen innerstaatlichen Prozeßrechts, wie z.B. § 148 ZPO; vgl. Schlieder, AWD 1963, 86

Entscheidung der Hohen Behörde herbeizuführen ⁷⁾. Liegt bereits eine Entscheidung der Hohen Behörde vor, so ist das Gericht daran gebunden ⁸⁾. Zweifelt das Gericht an deren Gültigkeit, so kann es nicht selbst von ihr abgehen, sondern muß diese Frage gem. Art. 41 EGKS-Vertrag dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegen. Hinzu kommt, daß einzelstaatliche Gerichts- oder Verwaltungsverfahren wegen einer Handlung, die zugleich innerstaatliches und Montanrecht verletzt, der Hohen Behörde gem. Art. 90 EGKS-Vertrag angezeigt werden müssen. Diese ist nicht verpflichtet, ein schwebendes Verfahren auszusetzen ⁹⁾.

2) Der EWG-Vertrag vom 25. 7. 1957 enthält keine dem Art. 65 § 4 II EGKS-Vertrag entsprechende Vorschrift. Wie schon erwähnt ¹⁰⁾, räumte Art. 89 der Kommission bis zum Inkrafttreten der Durchführungsbestimmungen nur ein mit den Befugnissen der nationalen Behörden konkurrierendes Überwachungsrecht ein. Über die "Zulässigkeit" einer Verhaltensweise nach nationalem und Gemeinschaftsrecht - insbesondere nach Art. 85 III - durften nach Art. 88 nur die Behörden der Mitgliedstaaten entscheiden. Nach Art. 89 II konnte die Kommission lediglich in förmlicher Entscheidung - positiv - eine "Zu widerhandlung" gegen die Verbote der Art. 85 I, 86 "feststellen". Nach dem Zweck der Vorschrift war der Erlaß einer solchen Feststellung in das pflichtgemäße Ermessen der Kommission gestellt. Ein Antragsverfahren für die Unternehmen war nicht vorgesehen. Rechtssicherheit konnten sie nur von den Behörden der Mitgliedstaaten erlangen, sofern das nationale Recht eine solche Möglichkeit vorsah. Im übrigen war eine formelle feststellende Entscheidung zwar für die Mitgliedstaaten und Unternehmen bindend ¹¹⁾. Gemäß dem Bosch-Urteil ¹²⁾ hatte sie auch die Nichtigkeit der in ihr bezeichneten Rechtsgeschäfte zur Folge. Andererseits war die Zuständigkeit der Kommission nicht nur sachlich auf die Feststellung von Zu widerhandlungen beschränkt, sondern auch nicht-ausschließlich, so daß Art. 89 - jedenfalls

7) s. z. B. H. J. Wolff, § 28 II c, S. 122

8) Allerdings kann sich die Entscheidung nach Art. 65 § 4 II bindend nur über die Gültigkeit nach dem Recht der EGKS aussprechen, ohne Rücksicht darauf, ob die Vereinbarung oder der Beschluß nach nationalem Recht gültig ist - EuGH v. 4. 2. 1959 (1/59), RSpr. V 48 Leitsätze 5-9

9) s. dazu Steindorff, Kartelle u. Monopole I S. 157 ff 181, 183, 185, 188

10) s. oben § 2 I

11) Everling, Art. 89 N. 4

12) aaO (§ 3 FN 8) 105, 113

vor Erlass einer Kommissionsentscheidung - die Gerichte nicht hinderte, über die zivilrechtliche Gültigkeit eines Kartells zu urteilen ¹³⁾.

3) Gem. Art. 87 des EWG-Vertrages hatte der Rat "auf Vorschlag der Kommission" zweckdienliche Durchführungsvorschriften zu erlassen. Der Verordnungsentwurf der Kommission vom 28. Oktober 1960 ¹⁴⁾ sah zu den hier interessierenden Fragen Folgendes vor ¹⁵⁾:

"Artikel 2

1. ...

2. Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich zuständig, die Bestimmungen von Artikel 85 Absatz 1 gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären."

"Artikel 7

1. Solange kein Antrag nach Artikel 1 Absatz 2 ¹⁶⁾ gestellt ist, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten vorbehaltlich des Artikels 2 Absatz 2 zuständig, Artikel 85 Absatz 1 gemäß Artikel 88 des Vertrages anzuwenden, auch wenn die für die Antragstellung vorgesehenen Fristen noch nicht abgelaufen sind.
2. Außerdem kann die Kommission in dem in Absatz 1 bezeichneten Fall nach Anhörung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch Entscheidung feststellen, daß eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine Verhaltensweise unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fällt.

Artikel 8

1. Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des Artikels 85 oder 86 ... fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen nach Anhörung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.

2. ..."

13) s. dazu auch unten § 10 III 2 b

14) Dokument IV/KOM (60) 158 WuW 1960, 856; Bericht Deringer, Anhang I.

15) Hervorhebungen vom Verfasser

16) d. h.: auf Abgabe einer Erklärung nach Art. 85 III

Bindend für alle Gerichte und Verwaltungsbehörden sollte danach nur die Erklärung gemäß Art. 85 III sein. Im übrigen sollte mit den Art. 7 und 8 die nicht-ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden sowie der Kommission, wie sie schon vorher bestand, im wesentlichen aufrechterhalten und klargestellt werden ¹⁷⁾. Ein Antragsrecht der Beteiligten oder Dritter war nicht vorgesehen.

4) Demgegenüber empfahl die Fachliche Gruppe für Wirtschaftsfragen des Wirtschafts- und Sozialausschusses in ihrem Bericht vom 14. 3. 1961 ¹⁸⁾, Möglichkeiten für eine Anzeige durch Mitgliedstaaten und Dritte bei der Kommission vorzusehen. Offensichtlich unbegründete Anzeigen sollten durch einen Einstellungsbeschuß beschieden werden.

Der gemäß Art. 198 I 2 d. V. gehörte Wirtschafts- und Sozialausschuß forderte ebenfalls ein förmliches Beschwerdeverfahren. Danach sollten die Mitgliedstaaten und jede natürliche oder juristische Person ohne Nachweis eines besonderen Interesses berechtigt sein, Verstöße anzuzeigen. Gegen die Einstellung des Verfahrens sollte der Anzeigende Rechtsmittel einlegen können ¹⁹⁾.

Von den Gegnern einer Anzeigepflicht für Kartelle wurde ²⁰⁾ darüber hinaus angeregt, den Kartellmitgliedern in der Verordnung auch die Möglichkeit zu eröffnen, auf Antrag von der Kommission zu erfahren, ob ihre Absprache "von Art. 85 d. V., den Durchführungsverordnungen und der Rechtsprechung" erfaßt wird ²¹⁾. Für diese Anregung fand sich im Ausschuß jedoch keine Mehrheit ²²⁾; seine Stellungnahme vom 28. 3. 1961 bringt lediglich allgemein den Wunsch nach einer Zentralisierung der Entscheidungsgewalt bei der Kommission - unter "Anerkennung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission auf der Verwaltungsebene" - zum Ausdruck ²³⁾. Außerdem forderte der Ausschuß eine auch den Art. 86 EWG-Vertrag berücksichtigende Regelung ²⁴⁾.

17) So die amtliche Begründung des Kommissionsvorschlags

18) Dokument CES 37/61, S. 13, 19/20 (Berichterstatter: Malterre)

19) Dokument CES 45/61 v. 28. 3. 1961, Abschn. V. 1. -3.

20) - einem z. B. von Drouin (Le Monde v. 24. 2. 1961) geäußerten Vorschlag folgend (dazu kritisch Obernolte, EW 1961, 177) -

21) aaO (19) Abschn. VIII a am Ende.

22) aaO (19) Abschn. VIII am Anfang

23) aaO (19) Abschnitte I 1 u. VI 2

24) aaO (19) Abschn. VII

5) Zu dem Vorschlag der Kommission mußte gem. Art. 87, 107 d. V. das Europäische Parlament konsultiert werden.

a) Der Bericht des Abgeordneten Deringer im Namen des Binnenmarktausschusses²⁵⁾ nahm die Anregung des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Antragsrecht und zur Zuständigkeit auf und schlug folgende Regelung vor²⁶⁾:

"Artikel 1 A (Feststellung eines Verstoßes)

1. Die Kommission stellt auf begründeten Antrag oder von Amts wegen durch Entscheidung fest:
 - a) ob eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fällt,
 - b) ob ein oder mehrere Unternehmen eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages mißbräuchlich ausnutzen.
2. Zur Stellung eines Antrages nach Absatz 1 sind berechtigt:
 - a) Mitgliedstaaten,
 - b) beteiligte Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen,
 - c) Personen oder Personenvereinigungen, die ausreichende Tatsachen dafür vortragen, daß ihre Interessen durch eine Verletzung von Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 des Vertrages erheblich berührt werden.

Artikel 1 B (Untersagung eines Verstoßes)

1. Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des Artikels 85 oder 86 des Vertrages fest, so kann sie auf Antrag oder von Amts wegen die beteiligten ... durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.
2. ...
3. Artikel 1 A Absatz 2 gilt entsprechend.

Artikel 1 C (Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3)

.....

25) - im Ausschuß verabschiedet am 11. 7. 1961 - Dokument 57 des Parlaments v. 7. 9. 1961

26) deutscher Text S. 37 ff, französischer Text S. 38 ff; Hervorhebungen vom Verfasser

Artikel 7 (Zuständigkeitsregelung)

1. Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ist die Kommission für die in Artikel 1 A und Artikel 1 C vorgesehenen Entscheidungen ausschließlich zuständig.
2. ..."

Der Binnenmarktausschuß strebte mit den Art. 1 A, 7 ausdrücklich eine dem Art. 65 § 4 EGKS-Vertrag entsprechende Lösung an. Im Bericht des Abgeordneten Deringer²⁷⁾ heißt es dazu, die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission sei im Interesse einer einheitlichen Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft und auch im Interesse der Wirtschaft sehr erwünscht, wenn auch rechtlich nicht unbedenklich und daher noch prüfungsbedürftig. Denn sie ermögliche es der Kommission, Kartelle aller sechs Mitgliedstaaten einheitlich zu beurteilen und auch sogenannte "Negativatteste" zu erteilen, "d. h. mit bindender Wirkung für alle Behörden und Gerichte der Gemeinschaft - außer dem Gerichtshof in Luxemburg - zu entscheiden, ob eine Vereinbarung oder ein Beschluß unter Art. 85 Abs. 1 fällt oder nicht." Eine solche Regelung müsse auch Art. 86 einschließen²⁸⁾. Der Ausschuß war allerdings darüber geteilter Meinung, ob die Kommission nur für die negative Feststellung, es liege kein Verstoß vor, oder auch für die positive Feststellung einer Zuwiderhandlung ausschließlich zuständig sein solle²⁹⁾.

Für den Fall, daß der Grundgedanke des Art. 7 des Kommissionsentwurfs vom Rat aufrechterhalten werde, schlug der Bericht vor, in Abs. 1 dieses Artikels klarzustellen, daß mit der Beantragung einer Freistellungserklärung bei der Kommission auch die Zuständigkeit der nationalen Gerichte zur Anwendung des Art. 85 I endige, obgleich auch eine derartige Vorschrift problematisch sei³⁰⁾.

Der Binnenmarktausschuß übernahm ferner den Vorschlag des Wirtschafts- u. Sozialausschusses, Mitgliedstaaten, Beteiligten und Dritten ein förmliches Beschwerderecht einzuräumen. Nach Art. 1 A I, II des Entschließungsantrages sollten diese die Feststellung eines Verstoßes sowie nach Art. 1 B auch dessen Unter-sagung erzwingen können³¹⁾.

b) Bei der Aussprache des Europäischen Parlaments über den Bericht des Abgeordneten Deringer in der Sitzung vom 19. Oktober 1961 fanden die genannten

27) Nr. 84; siehe auch Nr. 109-113

28) Nr. 84 a. E., 112

29) Nr. 113 a. E.

30) Nr. 110 Fußnote 1

31) Deringer, Bericht, Nr. 85, 115, sowie WuW 1962, 91

Vorschläge, insbesondere die Einführung des "Negativtests" und die Konzentration der Zuständigkeit bei der Kommission, überwiegend Zustimmung ³²⁾. Nach einem Änderungsantrag des Abgeordneten Ferretti sollte Art. 7 I noch eindeutiger dahin gefaßt werden, daß

die Kommission zur Feststellung, ob Art. 85 I oder Art. 86 gegeben ist, "unter Ausschluß der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden... allein zuständig" sei ³³⁾.

Dagegen machte Kommissar von der Groeben rechtliche Bedenken geltend ³⁴⁾; während Art. 85 III eine weitgehende Ermessensfreiheit einräume, sei die Anwendung des Art. 85 I reine Subsumtion, d. h. eine Aufgabe, die nicht den nationalen Gerichten entzogen und ausschließlich auf die Kommission übertragen werden könne. Auch Berichterstatter Deringer ³⁵⁾ räumte ein, daß die Fassung des Änderungsantrags noch problematischer sei als die im Ausschuß erarbeitete Kompromißlösung. Dennoch wurde der Änderungsantrag angenommen, so daß Art. 7 I in der endgültigen Fassung der Entschließung des Parlaments vom 19. 10. 1961 lautet ³⁶⁾:

"Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ist die Kommission unter Ausschluß der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden der Mitgliedstaaten für die in Artikel 1 A und Artikel 1 C vorgesehenen Entscheidungen allein zuständig."

Im übrigen wurden die Art. 1 A und 1 B in der vom Binnenmarktausschuß vorgeschlagenen Fassung einstimmig angenommen ³⁷⁾.

6) Über den Text der Ersten Durchführungsverordnung wurde auf Grund eines geänderten Kommissionsentwurfs bereits in der Tagung des Rats vom 29. / 30. 12. 1961 Übereinstimmung erzielt. Bis zur endgültigen Beschlußfassung am

32) vgl. etwa die Reden der Abgeordneten Ferretti (S. 211/12), Blaisse (S. 213, 216) und Tartuoli (S. 218, 220) in: Europäisches Parlament, Verhandlungen, Ausführliche Sitzungsberichte (II/62 Nr. 46), Ausgabe in deutscher Sprache, Sitzungen vom 16. bis 20. 10. 1961, S. 190 ff. Zuvor hatte auch der Wirtschafts- und Finanzausschuß die Einführung des Negativtests begrüßt - s. Deringer, Bericht, Anlage III b, Abschn. 6 (S. 68)

33) aaO (32) S. 212, 272

34) aaO (32) S. 262/63

35) aaO (32) S. 272

36) aaO (32) S. 284 = ABl. S. 1413/61

37) aaO (32) S. 267

6.2.1962 wurden nur noch wenige redaktionelle Änderungen vorgenommen. Bemerkenswert ist allerdings eine Änderung, die wie eine Verdeutlichung mit Rücksicht auf die von Kommissar von der Groeben (s.o. FN 34) vorgetragenen Bedenken erscheint. Nach der inoffiziellen Fassung vom Dezember 1961 lautete Art. 2 der VO ³⁸⁾ nämlich:

"Die Kommission kann auf Antrag ... feststellen, daß nach den ihr bekannten Tatsachen kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung ... einzuschreiten."

Dagegen heißt es in der am 6.2.1962 beschlossenen endgültigen Fassung ³⁹⁾:

"Die Kommission kann auf Antrag ... feststellen, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung ... einzuschreiten."

Da die Beratungen des Rats geheim sind, kann man nur vermuten, daß er sich den Bedenken der Kommission gegen die vom Parlament vorgeschlagene Zuständigkeitsvorschrift nicht verschlossen hat und die Wirkung des Negativattests bewußt abschwächen wollte ⁴⁰⁾.

III. Aus einem Vergleich des Wortlauts der verschiedenen geschilderten Lösungsvorschläge folgt als Zwischenergebnis:

1) Allgemein hat sich der Rat den Vorschlag des Parlaments zu eigen gemacht, Art. 85 I und Art. 86 verfahrensmäßig parallel zu behandeln.

2) Das vom Rat in Art. 2 VO 17 auf Empfehlung des Parlaments geschaffene "Negativattest" wird nur auf Antrag der beteiligten Unternehmen, nicht auch auf Antrag der Mitgliedstaaten oder interessierter Dritter (Art. 1 A IIa, c) und nicht auch von Amts wegen (Art. 1 A I) erteilt.

Der Tenor der mit einem Negativattest durch die Kommission getroffenen Feststellungen lautet nicht - wie nach Art. 1 A - :

"Die Vereinbarung X der Unternehmen A, B, C fällt nicht unter Artikel 85 I"

38) so jedenfalls die in "Blick durch die Wirtschaft", Frankfurt/Main, v. 17.1.1962, S. 5, als "gebilligter Text" abgedruckte Fassung

39) AB I, Nr. 13 v. 21.2.1962, S. 204 ff 205/62

40) Schumacher, Aussprache 1962, 35 ff 36; Deringer WuW 1962, 90; Weyer DB 1962, 296, 326; Mailänder S. 30

und

"Die Verhaltensweise Z des Unternehmens D ist keine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86",

sondern nach Art. 2 VO 17:

"Für die Kommission besteht nach den ihr bekannten Tatsachen kein Anlaß, gegen die Vereinbarung X der Unternehmen A, B, C auf Grund von Artikel 85 I einzuschreiten",

und

"Für die Kommission besteht nach den ihr bekannten Tatsachen kein Anlaß, gegen die Verhaltensweise Z des Unternehmens D auf Grund von Artikel 86 einzuschreiten".

Nach der inoffiziellen Fassung vom Dezember 1961 (38) hätte die Feststellung gelautet:

" Es besteht kein Anlaß ...".

Die geltende Fassung legt die Vermutung nahe, daß lediglich eine gewisse Selbstbindung der Kommission gewollt ist.

3) Die positive Feststellung (a) eines Verstoßes gegen die Art. 85 oder 86 und dessen Untersagung (b) behandeln die Art. 1 A, 1 B des Parlamentsentwurfs und Art. 3 VO 17.

a) Den Feststellungsantrag sollten nach Art. 1 A Mitgliedstaaten, Beteiligte und interessierte Dritte stellen können. Art. 1 B I - "Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung ... fest" - setzt eine auf solchen Antrag oder von Amts wegen getroffene Feststellung voraus. Das Antragsrecht ist eine Neuerung gegenüber Art. 89 d. V. und Art. 7 II, 8 I des Kommissionsvorschlags. Art. 3 VO 17 hat diese Antragsbefugnis übernommen. Da es in der VO keine Art. 1 A entsprechende allgemeine Regelung der Feststellungen gibt, beginnt Art. 3 mit den Worten: "Stellt die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung ... fest." Auch der Kreis der Antragsberechtigten stimmt in Art. 1 A und Art. 3 im wesentlichen überein. Dazu gehören einmal (Art. 1 A II a und Art. 3 II a) die Mitgliedstaaten, die gem. Art. 10 II VO 17 ohnehin von jedem Feststellungsverfahren unterrichtet werden und dazu Stellung nehmen können. Hinzu kommen nach Art. 3 II b dritte Personen, "die ein berechtigtes Interesse darlegen". Letzteres Erfordernis bedeutet sachlich wohl nicht mehr als eine Umformulierung von Art. 1 A II c, wonach "ausreichende Tatsachen dafür, ... daß ihre Interessen durch eine Verletzung von Art. 85 Abs. 1 oder Art. 86 ... erheblich berührt

werden", vorzutragen waren. Schließlich weicht Art. 3 II nur scheinbar von Art. 1 A II ab, wenn er die Beteiligten nicht unter den Antragsberechtigten nennt; denn ebenso wie Dritte können natürlich die Kartellmitglieder selbst ein "berechtigtes Interesse" an der Untersagung eines Verstoßes haben ⁴¹⁾, der sich z. B. in Gestalt von Organisationszwang gegen sie richtet. Der einzige Unterschied gegenüber Art. 1 A besteht also darin, daß die Beteiligten nicht schon als solche schlechthin sondern nur dann antragsberechtigt sind, wenn sie ein berechtigtes Interesse darlegen.

b) Was die Untersagung des Verstoßes betrifft, so sah schon Art. 8 I des Kommissionsvorschlags vor, daß die Kommission die Beteiligten nach der Feststellung des Verstoßes in einer zweiten Stufe "durch Entscheidung verpflichten" konnte, "die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen." Diese Wendung haben Art. 1 B I des Parlamentsentwurfs und Art. 3 I VO 17 wörtlich übernommen. Alle drei Fassungen stimmen ferner darin überein, daß die Kommission - "bevor sie eine Entscheidung nach Absatz 1 erläßt" - "Empfehlungen zur Abstellung der Zuwiderhandlung" an die beteiligten Unternehmen richten kann, wobei mit der "Entscheidung nach Abs. 1" die Verpflichtungsentscheidung gemeint ist; denn eine "Empfehlung zur Abstellung des Verstoßes" setzt die "Feststellung des Verstoßes" voraus ⁴²⁾. Art. 3 hat dagegen nicht den vom Parlament aufgegriffenen Vorschlag übernommen, wonach sowohl der Verpflichtungsentscheidung als auch der Empfehlung die Anhörung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vorhergehen sollte. Anscheinend meinte der Rat, die Mitwirkung der nationalen Kartellämter sei bereits ausreichend durch Art. 10 I, II ⁴³⁾ und III ⁴⁴⁾ der VO gewährleistet. Ob der Empfehlung bzw. Verpflichtungsentscheidung eine förmliche Feststellung des Verstoßes in Form einer Entscheidung vorausgehen muß, wie dies Art. 7 II des Kommission- und Art. 1 A I, 1 B des Parlamentsentwurfs vorsahen, soll später ⁴⁵⁾ geklärt werden.

In einem Punkte scheint die VO 17 auffallend vom Vorschlag des Parlaments abzuweichen. Während nach Art. 1 B I die Verpflichtungsentscheidung "auf Antrag oder von Amts wegen" ergehen sollte, fehlen diese Worte in Art. 3 I. Daraus

41) s. z. B. Deringer, Art. 3 VO 17 N. 3

42) ein weiteres Anzeichen für diese Auslegung ist, daß Abs. 1 jeweils nur die Verpflichtung technisch als Entscheidung bezeichnet.

43) welche Vorschrift im wesentlichen auf Art. 7 II des Parlamentsentwurfs bzw. Nr. 85 des Berichts Deringer zurückgeht.

44) dazu näher unten § 7 I F 2

45) s. u. § 7 I B 4, S. 93 ff

könnte man schließen, der Antrag richte sich nach dem Willen des Rats nur auf die Feststellung, nicht auch auf deren Untersagung ⁴⁶⁾. Dagegen ist einmal einzuwenden, daß der Rat die Worte "auf Antrag oder von Amts wegen" wahrscheinlich nur nicht noch einmal wiederholen wollte, nachdem er sie zur Bezeichnung des Rechts auf Feststellung an den Beginn des Abs. 1 stellen mußte ⁴⁷⁾. Zweitens ist der genannte Schluß deshalb nicht eindeutig, weil das Recht der Antragsteller, die Verpflichtung zu erzwingen, nach Art. 3 III ohnehin dadurch eingeschränkt ist, daß die Kommission zuvor Empfehlungen aussprechen kann. Schließlich läßt sich auch sonst aus der Entstehungsgeschichte kein Anhaltspunkt dafür gewinnen, daß der Rat von dem einmütig gebilligten Vorschlag des Parlaments ⁴⁸⁾ abgehen wollte.

4) Ein Vergleich der Zuständigkeitsregelung des Art. 9 VO 17 mit Art. 7 I des Kommissionsvorschlags und Art. 7 I des Parlamentsentwurfs zeigt Folgendes: Der Rat ist dem Vorschlag des Parlaments, der Kommission für positive und negative Feststellungen nach Art. 85 I, 86 ausdrücklich "unter Ausschluß der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden" die alleinige Zuständigkeit zu übertragen, nicht gefolgt. Im Grundsatz hat er die Fassung des Kommissionsentwurfs übernommen.

Den Bedenken des Binnenmarktausschusses, der vor möglichen Zuständigkeitsüberlagerungen gewarnt hatte ⁴⁹⁾, hat der Rat insofern entsprochen, als er nach Art. 9 III die Zuständigkeit der "Behörden der Mitgliedstaaten" nicht nur dann enden läßt, wenn eine Freistellungserklärung beantragt ist, sondern auch dann, wenn ein Verfahren nach Art. 2 oder 3 VO 17 "eingeleitet" ist.

Der Bericht Deringer hatte allerdings für den Fall, daß der Kommissionsvorschlag übernommen werden sollte, empfohlen, in Art. 7 I ausdrücklich auch "die Gerichte" als bis zur Antragstellung zuständige Behörden aufzuführen ⁵⁰⁾, wohl, um dem über Art. 88 d. V. entstandenen Streit ⁵¹⁾ ein Ende zu bereiten. Gleichzeitig hatte es der Bericht aber als problematisch bezeichnet, auch die Zuständigkeit der nationalen Gerichte, für eine Entscheidung nach Art. 85 I mit der Antragstellung nach Art. 85 III enden zu lassen. Dieses Problem hat der Rat erkennbar nicht ausdrücklich regeln wollen. Denn weder hat er eindeutig be-

46) so Schlieder, BB 1962, 308; Gleiss/Hirsch, Art. 3 N. 3

47) s. o. a); Deringer (GRUR-AIT 1962, 285 FN 18) vermutet einen Redaktionsfehler.

48) s. o. (31)

49) Deringer, Bericht, Nr. 111

50) in Nr. 110 FN 1

51) s. dazu Everling, Art. 88 N. 2

stimmt, daß zu den "Behörden der Mitgliedstaaten" i. S. d. Art. 9 III auch die Gerichte zählen, noch ist ohne weiteres klar, wann ein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 "eingeleitet" ist. Eine Lösung dieser Fragen muß daher später ⁵²⁾ in größerem Zusammenhang versucht werden.

§ 6

REGELUNG DES VERFAHRENS ZUR ERTEILUNG EINES NEGATIVATTESTS

I. Der förmliche Ablauf des Verfahrens bis zur Entscheidung

Nach der zeitlichen Reihenfolge gliedert sich das Verfahren in folgende Abschnitte:

- A. die Stellung des Antrags bei der Kommission;
- B. die Einschaltung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch die Kommission (Art. 10 I - II VO 17);
- C. mögliche Ermittlungen der Kommission auf Grund der Art. 11, 13 und 14 VO 17;
- D. die Anhörung Beteiligter und Dritter (Art. 19 VO 17);
- E. die Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen (Art. 10 III - VI VO 17) zum vorläufigen Entscheidungsvorschlag der Kommission.

Es folgt schließlich die Entscheidung sowie deren Veröffentlichung gemäß Art. 21 VO 17 (s. u. II).

- A. Art. 2 VO 17 setzt einen "Antrag" voraus.

Nach Art. 24 VO 17 ist die Kommission ermächtigt, Ausführungsbestimmungen über Form, Inhalt und andere Einzelheiten der Anträge nach den Art. 2 und 3 zu erlassen. Auf Grund dessen ist die Verordnung Nr. 27 der Kommission vom 3. Mai 1962 - VO 27 - ¹⁾ ergangen, die Bestimmungen über die Antrags-

52) unten §§ 9 und 10

1) ABl. Nr. 35 v. 10.5.1962, S. 1118 ff; vgl. die Erläuterungen in den Kommentaren von Gleiss/Hirsch (S. 158 ff) und Deringer (zu Art. 4 VO 17 N. 23-27).

berechtigung (Art. 1) sowie über Einreichung (Art. 2), Wirksamwerden (Art. 3) und Inhalt (Art. 4) der Anträge enthält.

1) Für Anträge auf Negativattest i. V. m. Art. 85 I d. V. ist das als Anlage zu Art. 4 i VO 27 abgedruckte Formblatt A ²⁾ zu verwenden. Die Anträge "müssen" die im Formblatt geforderten Angaben enthalten (Abs. 3) und unterzeichnet sein. - Für Anträge auf Negativattest i. V. m. Art. 86 d. V. ist kein Formblatt vorgesehen. Die Unternehmen müssen den Sachverhalt "vollständig darlegen" (Art. 4 V), also sich schlüssig zu den Tatbestandsmerkmalen des Art. 86 Satz 1 erklären. - Erfüllt der Antrag diese Formerfordernisse nicht, so ist er nicht "ordnungsgemäß" (Art. 5), d. h. die Kommission kann eine sachliche Entscheidung verweigern und den Antrag als unzulässig zurückweisen.

2) Antragsberechtigung

a) Das Negativattest wird nach Art. 2 VO 17 auf Antrag der beteiligten "Unternehmen und Unternehmensvereinigungen" erteilt. Die Verordnungen Nr. 17 und 27 übernehmen also den vom EWG-Vertrag in seinen Art. 85, 86 und 90 vorausgesetzten ³⁾ Begriff des Unternehmens, über dessen Grenzen im einzelnen Uneinigkeit herrscht ⁴⁾.

Das positive Gemeinschaftsrecht gibt folgende **Anhaltspunkte**:

"Vereinbarungen" i. S. d. Art. 85 I können nur zwischen Rechtsträgern geschlossen werden. Zwar setzen "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" gerade keine rechtliche Bindung zwischen den Beteiligten voraus. Doch können nur rechtsfähige Wirtschaftseinheiten Adressaten von Verpflichtungs- und Buß- oder Zwangsgeldentscheidungen nach den Art. 3, 15 oder 16 VO 17 sein ⁵⁾. Art. 11 IV VO 17 steht dem nicht entgegen, weil die dort genannten Gesellschaften und nichtrechtsfähigen Vereine nur als Organisationsformen von "Unternehmensvereinigungen" bezeichnet sein können; Unternehmensvereinigungen aber können auch nichtrechtsfähige Vereinigungen rechtsfähiger Unternehmen sein.

2) ABL. S. 1121/62 = Deringer, Textteil III

3) s. dazu Kronstein, Kartelle u. Monopole I S. 111 ff, der von einer Garantie der Institution des Unternehmens spricht.

4) s. Deringer, Art. 85 I N. 5-16 mit zahlreichen rechtsvergleichenden Hinweisen.

5) keine Rechtsfähigkeit verlangen Thiesing, v. d. Groeben/v. Boeckh, Art. 85 N. 15

Keine rechtliche Selbständigkeit wird dagegen bei den öffentlichen Unternehmen i. S. d. Art. 90 I vorausgesetzt; hierunter sollen auch nichtrechtsfähige "Eigenbetriebe" der öffentlich-rechtlichen Körperschaften fallen ⁶⁾. Es erscheint jedoch sinnvoller, in diesen Fällen jedenfalls verfahrensrechtlich die rechtsfähige Körperschaft als Normadressaten und somit antragsberechtigt zu behandeln, weil sich auch etwaige Sanktionen nur gegen die Körperschaft als "Unternehmer" richten könnten. Soweit dies der Mitgliedstaat als Körperschaft wäre, ist überdies Art. 90 III zu beachten.

Nach Art. 90 II zählen zu den Unternehmen ferner solche rechtsfähigen Wirtschaftseinheiten, die durch Hoheitsakt "mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben", so daß es also auch nicht entscheidend auf das Gewinnstreben ankommt.

Da der EWG-Vertrag den Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zum Gegenstand hat und die Vorschriften für Unternehmen an diesem Wirtschaftsverkehr gegen Beschränkungen oder Verfälschungen des Wettbewerbs schützen wollen, muß die Tätigkeit der Unternehmen - zumindest potentiell ⁷⁾ - auf den Austausch von Wirtschaftsgütern (Waren und Leistungen) gerichtet sein. Hierzu rechnet ⁸⁾ "jede selbständige und nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform und die Absicht der Gewinnerzielung." Auch die Ausübung freier Berufe kann demnach ein Unternehmen im Sinne des Art. 85 Abs. 1 sein ⁹⁾. Mangels Selbständigkeit scheiden folglich in persönlicher oder zumindest wirtschaftlicher Abhängigkeit tätige Personen (Arbeitnehmer und ähnliche) aus. Dagegen sind Handelsvertreter und Kommissionäre ¹⁰⁾ Unternehmen i. S. d. Art. 85 I.

Problematisch ist insbesondere bei Konzernunternehmen, ob außer der Rechtsfähigkeit des Unternehmens auch wirtschaftliche Selbständigkeit erforderlich ist.

-
- 6) Everling, Art. 90 N. 1; v. Gamm S. 23; Deringer (4) N. 8; vgl. Malzer, WuW 1963 203 ff 207
 - 7) BGH vom 26.10.1959 - KZR 2/59 - (Gasglühkörper), NJW 1960, 145
 - 8) nach Ansicht des Bundeskartellamts (vgl. Tätigkeitsbericht 1961, Bundestagsdrucksache IV/378 S. 61 Nr. 2); zustimmend Deringer aaO (4) N. 7
 - 9) ablehnend zu Letzterem: v. Gamm S. 23; Gleiss/Hirsch, Art. 85 N. 5 Spengler, GemKomm. II N. 27; unentschieden Deringer aaO (4) N. 11
 - 10) Dies setzt z. B. die Kommission in ihren Bekanntmachungen vom 9.11.1962 (ABl. S. 2627/62) u. v. 24.12.62 (ABl. S. 2921/62) voraus. Z. T. a. M. v. Gamm S. 22, der bei "Ein-Mann-Betrieben" einen Mindestumfang verlangt; dagegen Müller-Henneberg, Gem. Komm I § 1 N. 2, u. Gleiss/Hirsch, Art. 85 N. 3

Treffen rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber den Weisungen der Konzernleitung oder des herrschenden Unternehmens unterworfenen Unternehmen ¹¹⁾ Vereinbarungen miteinander, so wird dies zumeist ein Indiz dafür sein, daß sie den zwischen ihnen möglichen Wettbewerb beschränken wollen ¹²⁾. Andererseits bedarf es einer genauen Prüfung im Einzelfall, inwieweit die abhängigen Betriebe im Wettbewerb noch ein Eigenleben führen können ¹³⁾.

Für die hier erörterten prozessualen Zwecke empfiehlt es sich allerdings nicht, bereits im Stadium der Vorprüfung des Antrags auf seine Zulässigkeit im einzelnen zu ermitteln, inwieweit Konzernunternehmen wirtschaftlich abhängig sind. M. E. sollte die Kommission den Antrag in solchen Fällen regelmäßig dann zulassen, wenn das antragstellende Konzernunternehmen eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Die schwierige Frage des "wirtschaftlichen Eigenlebens" sollte erst in der sachlichen Entscheidung geklärt werden. In diesem Sinne könnte man davon sprechen, daß der Begriff "Unternehmen" in Art. 2 VO 17 großzügiger ausgelegt werden kann als in den Art. 85 I und 86 ("beschränkte Schlüssigkeitsprüfung").

Weder für den Begriff des Unternehmens nach Art. 85 I noch für die Antragsberechtigung nach Art. 2 VO 17 macht es einen Unterschied, ob das Unternehmen die Staatsangehörigkeit eines Nichtmitgliedstaats besitzt oder den Ort seiner Niederlassung bzw. seinen Sitz außerhalb des Gebietes des Gemeinsamen Marktes (Art. 227 d. V.) hat. Wie die eigens für solche Unternehmen vorgesehene Spalte I 6 des Formblatts A zeigt, hält die Kommission solche Unternehmen für antragsberechtigt; sie verlangt allerdings die Angabe eines im Gemeinsamen Markt ansässigen Vertreters oder Zweigunternehmens.

b) Gemäß Art. 1 I 1 VO 27 ist zur Stellung eines Antrags jedes Unternehmen berechtigt, das "an Vereinbarungen, Beschlüssen oder Verhaltensweisen der in Art. 85 und 86 d. V. bezeichneten Art beteiligt" ist. Nach rein wörtlicher Auslegung könnte man aus dieser Formulierung schließen, daß antragsberechtigt nur solche Unternehmen seien, die sich an einer "verbotenen" Wettbewerbsbeschränkung "beteiligen" ¹⁴⁾. Eine solche Deutung stünde jedoch im Widerspruch zum Gesetzeszweck. Denn der Antragsteller möchte im Regelfall mit dem Negativattest bescheinigt haben, daß sein Verhalten gerade nicht verboten ist, nicht

11) vgl. § 15 AktG 1937 und §§ 17, 18 AktG 1965

12) BKartA aaO (8); zum EGKSV: EuGH v. 22. 3. 1961-42 und 49/59-, WuW/E EWG/MUV 63 ff 64

13) Deringer aaO (4) N. 13, 14

14) vgl. schriftliche Anfrage Nr. 61 des Abg. Deringer an die Kommission v. 28. 6. 1962, ABL. S. 2135-36

aber, daß die Kommission aus Opportunitätsabwägungen vom Einschreiten absieht. Nach Auskunft der Kommission hat Art. 1 I VO 27 die vorliegende Fassung erhalten, damit er gleichzeitig auf die Anmeldung anwendbar ist ¹⁵⁾.

In der amtlichen (sechsten) Erwägung des Rats zur Begründung des Art. 2 VO 17 heißt es, die Unternehmen könnten ein Interesse daran haben, zu erfahren, ob Kartelle, an denen sie beteiligt sind "oder sich zu beteiligen beabsichtigen", Anlaß zum Einschreiten bieten. Art. 2 VO 17 spricht dagegen nur von den Beteiligten. Diese Abweichung wird man wie folgt erklären müssen: Antragsberechtigt soll nach dem Willen der VO 17 nicht schon sein, wer ohne sachliche Grundlage behauptet, sich an einem Kartell beteiligen zu wollen. Ließe man einen solchen Antrag zu, so könnte das Negativattest dazu benutzt werden, Rechtsauskünfte von der Kommission ohne rechtliches Bedürfnis zu erlangen. Sich zu beteiligen "beabsichtigt" nur, wer zumindest bereits Anstalten getroffen hat, die auf eine ernstliche Absicht schließen lassen, wer also z.B. bereits einen Beitritts(vor)vertrag unter dem Vorbehalt der kartellrechtlichen Wirksamkeit (vgl. § 309 BGB) geschlossen hat. Im übrigen kann ein Nichtbeteiligter, der ein "berechtigtes Interesse" darlegt, zwar die Feststellung einer Zuwiderhandlung (Art. 3 II b VO 17), nicht aber ein Negativattest beantragen.

c) Nach Art. 1 I VO 27 kann "jedes" einzelne der beteiligten Unternehmen den Antrag stellen. Die Kommission hat sich hierbei von der Erwägung ¹⁶⁾ leiten lassen, daß "von der Einreichung dieser Anträge ... wichtige Rechtsfolgen für jedes Unternehmen abhängen können." Andererseits sind die einzelnen Antragsteller verpflichtet, die übrigen Beteiligten zu unterrichten (Art. 1 I 2), damit diese ihre Interessen wahrnehmen können. Die Unterrichtung kann mangels einer besonderen Vorschrift formlos geschehen. Allerdings ist der Kommission anzugeben, in welcher Weise die übrigen Beteiligten unterrichtet worden sind; letztere Pflicht entfällt bei Musterverträgen ¹⁷⁾.

3) Der Unterzeichner des Antrags auf Negativattest muß dartun, ob er den Antrag

- a) als Alleininhaber eines Unternehmens,
- b) als gesetzlicher Vertreter eines Unternehmens oder einer rechtsfähigen Unternehmensvereinigung,
- c) als Bevollmächtigter eines oder mehrerer Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen

15) Antwort der Kommission v. 1.8.1962, ABl. S. 2136 zu 1. a. E.

16) der zweiten ihrer Präambel

17) Formblatt A unter I 2; zu den Folgen der Nichtgenehmigung des von einzelnen Beteiligten gestellten Antrags s. u. II D 3 u. 4

einreicht. In den Fällen zu b) und c) muß er die Vertretungsbefugnis durch Urkunden nachweisen¹⁸⁾. Bei gemeinsamen Anträgen soll ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden (Art. 1 III VO 27). Sind an einer Absprache zahlreiche Unternehmen beteiligt, so empfiehlt sich das schon deshalb, weil die Kommission anderenfalls die von ihr in Betracht gezogenen "Beschwerdepunkte" (Art. 19 I VO 17) den Beteiligten durch öffentliche Bekanntmachung mitteilen kann; Art. 2 II VO Nr. 99/63/EWG¹⁹⁾.

4) Mit Aufgabe des ordnungsgemäß begründeten Antrags als eingeschriebenen Brief, sonst mit Eingang bei der Kommission, ist der Antrag "bewirkt" (Art. 3 VO 27); die Kommission bestätigt den Eingang auf einem vom Antragsteller auszufüllenden Vordruck (Anhang zu Formblatt A). Es fragt sich nun, welche Wirkungen die Antragstellung nach der VO 17 äußert.

a) Die Kommission kann auf Grund des Art. 15 I a VO 17 gegen die Antragsteller durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von 100 bis 5000 Rechnungseinheiten²⁰⁾ festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig in einem Antrag nach Art. 2 unrichtige oder entstellte Angaben machen. In Betracht kommen vor allem tatsächliche Angaben, soweit sie für die Tatbestandsmerkmale der Art. 85 I, 86 erheblich sind, insbesondere zu den in Formblatt A ausführlich ausgeführten Punkten. Wie stets vor der Festsetzung von Geldbußen oder Zwangsgeldern, muß die Kommission den Antragstellern ihre Beschwerdepunkte vorher schriftlich mitteilen (Art. 2 III VO 99/63 EWG).

b) Für den Fall der Anmeldung mit dem Ziel einer Erklärung nach Art. 85 III bestimmt Art. 15 V, daß eine Geldbuße wegen Verstoßes gegen die Verbote (auf Grund v. Art. 15 II a) nicht festgesetzt werden darf für Handlungen, die nach der Anmeldung und vor der Entscheidung nach Art. 85 III begangen werden. "soweit sie in den Grenzen der in der Anmeldung dargelegten Tätigkeit liegen"²¹⁾. Diese "Suspension der Verhängung von Sanktionen" (22) endet nur, sobald die Kommission dem Unternehmen mitgeteilt hat, sie sei auf Grund vorläufiger

18) Art. 1 II VO 27 i. V. m. Formbl. A Abschn. I

19) ABl. S. 2268/63, s. dazu unten D.

20) i. S. d. Art. 207 u. 209 d. V. (vgl. Art. 18 VO 17); 1 RE = z. Zt. 4, -- DM (ABl. S. 1939/60, 2424/63)

21) - Buchstabe a; Entsprechendes gilt nach Buchstabe b bei Altkartellen zusätzlich für die Zeit vor der i. S. der Art. 5 I, 7 II fristgerechten Anmeldung

Prüfung der Auffassung, daß die Voraussetzungen des Art. 85 I vorliegen und eine Anwendung des Art. 85 III nicht gerechtfertigt ist (Art. 15 VI VO 17).

Ein entsprechender "Suspensiveffekt" des Antrags auf Negativattest ist in der VO 17 nicht vorgesehen. Die Kommission²²⁾ und der überwiegende Teil des Schrifttums²³⁾ schließen daraus, daß der Antrag auf Negativattest nicht vor Geldbußen für Verstöße schützt, die nach der Antragstellung begangen werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Zuwiderhandlung "in den Grenzen der im Antrag dargelegten Tätigkeit liegt". Dagegen läßt sich einwenden: Wer ein Negativattest beantragt, hat zum Tatbestand des Art. 85 I die gleichen Angaben zu machen. Die darauf bezüglichen Abschnitte I, II und III der Formblätter A und B stimmen wörtlich überein. Überdies können unrichtige oder entstellte Angaben bereits nach der erwähnten Vorschrift des Art. 15 I a mit Geldbuße geahndet werden. Hinzu kommt, daß der Antragsteller nach Art. 2 der Meinung ist, er verletze Art. 85 I überhaupt nicht, während der Anmelder im Regelfall damit rechnet, daß sein Verhalten unter Art. 85 I fällt und lediglich die Nichtanwendung des Verbotes erstrebt. M.E. sollte daher²⁴⁾ der Gedanke des Art. 15 V erst recht entsprechend auf dem Antrag nach Art. 2 angewendet werden.

In der Praxis werden sich die Unternehmen allerdings zur Sicherheit nach der abweichenden Auffassung der Kommission richten müssen, die offenbar im Zweifel die Anmeldung bevorzugt. Während es nach dem logischen Verhältnis zwischen Art. 85 I (grundsätzliches Verbot) und III (ausnahmsweise Nichtanwendung des Verbots) angezeigt wäre, in erster Linie das Negativattest und hilfsweise die Freistellungserklärung zu beantragen und vielleicht sogar eine solche vorsorgliche Anmeldung in jeden Antrag nach Art. 2 hineinzudeuten, empfiehlt die Kommission²⁵⁾, in erster Linie ("vorsorglich") die Anmeldung vorzunehmen und in Abschnitt IV des hierfür zu verwendenden Formblatts B eine zusammenhängende Darstellung der Tatsachen und Gründe zu geben, aus denen sich nach Ansicht des Antragstellers die Nichtanwendbarkeit von Art. 85 I ergibt. In ihrem besonderen Merkblatt zu Formblatt B erklärt die Kommission ausdrücklich, daß sie in der Anmeldung kein Anerkenntnis der Unvereinbarkeit mit Art. 85 I erblicken wird. Die Auffassung der Kommission hat von ihrem Standpunkt aus den Vorteil, daß der Antragsteller auch den Abschnitt V des Formblatts B ausfüllen und dort darlegen muß, inwiefern die Voraussetzungen des Art. 85 III gegeben sind. Auf diese Weise erfährt die Kommission wahrscheinlich mehr Tatsachen als zur Erlangung eines

22) Merkblatt 3. Teil VII 4 a. E., S. 25

23) Schumacher, Aussprache 1962, 36; Schlieder, BB 1962, 308; Gleiss/Hirsch, Art. 2 VO 17 N. 9; Deringer, Art. 2 N. 11

24) mit Schlochauer, JZ 1963, 105 ff, 110 r

25) Merkblatt, 1. Teil I 6 c (S. 5) u. 2. Teil IV (S. 20)

Negativattests erforderlich wären. Auch vom Standpunkt der Unternehmen aus wird es sich meist empfehlen, im Zweifel vorsorglich ein Negativattest zu beantragen, zumal dies kein zusätzliches Risiko bedeutet ²⁶⁾. Im ganzen dient also die Praxis der Kommission dem "Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle" (Art. 87 II b d. V.), so daß die Ermächtigung des Art. 87 nicht überschritten ist. Im übrigen kommen diejenigen, die eine formelle Schutzwirkung des Antrags gegenüber der Bußgelddrohung verneinen (s. o. FN 22, 28), übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß die Beantragung des Negativattests im allgemeinen als Bekundung "guten Glaubens" schuld mindernd oder -ausschließend zu berücksichtigen ist, so daß Straffreiheit oder doch zumindest eine starke Herabsetzung der Geldbuße für die Zeit nach der Antragstellung gerechtfertigt sei ²⁷⁾. Da im Sanktionsrecht der VO 17, wie Art. 15 zeigt, das Verschuldensprinzip anerkannt ist, kann u. U. in Fällen, in denen nur einzelne der Beteiligten den Antrag stellen, nur diesen die Schuld-minderung zugute gehalten werden. Sicher ist auch, daß die Antragsteller sich dann nicht mehr auf ihren guten Glauben berufen können, wenn die Kommission ihnen (entsprechend Art. 15 VI) mitgeteilt hat, daß sie die Absprache für verboten hält ²⁸⁾.

Eine weitere Frage ist es, ob die Kommission immer dann ein Negativattest erteilen muß, wenn die Antragsteller das Formblatt B einschließlich seines Abschnitts IV ausgefüllt haben. Zweifel daran ergeben sich aus dem Negativattest vom 30. 7. 1964 im Falle "Vitapro" ²⁹⁾. Dort heißt es "zur Zulässigkeit des Negativattestantrags":

"Nicholas hat zwar nicht das Formblatt A verwendet, das nach Art. 4 I VO 27 der Kommission für die Stellung eines Negativattestantrags vorgesehen ist. Sie hat jedoch auf dem Formblatt B unter I bis IV alle Angaben gemacht, die im Formblatt A vorgesehen sind. Ferner hat sie unter IV eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie in erster Linie die Erteilung eines Negativattestes im Sinne des Art. 2 der VO 17 beantragt, und nur für den Fall der Ablehnung dieses Antrages eine Anmeldung nach Art. 4 der VO 17 ... vorgenommen hat.

Daher ist im vorliegenden Fall die Verwendung des Formblattes B unschädlich. Der Negativattest Antrag ist somit als formgerecht gestellt nach Art. 2 der VO 17 zulässig anzusehen."

26) Deringer, GRUR-AIT 1962, 283 ff 295; s. jedoch unten § 10 II 3

27) so Schumacher u. Deringer aaO (23); s. a. VerLoren van Themaat, WuW 1963 555/56; unklar Schlieder aaO (23), der diese Entscheidung anscheinend dem Ermessen der Kommission überlassen will.

28) VerLoren van Themaat aaO (27)

29) AB1. S. 2287 = WuW/E Ev 105

Das antragstellende Unternehmen hatte offenbar nicht nur den Abschnitt IV ausgefüllt, sondern darüber hinaus eindeutig und "in erster Linie" ein Negativattest beantragt. Aber auch sonst ist ein solcher Hilfsantrag nach Art. 2 immer dann anzunehmen, wenn das anmeldende Unternehmen Abschnitt IV ausgefüllt hat³⁰⁾. Eine besondere Zurückweisung der Anmeldung als unzulässig mangels Verbotwidrigkeit ist nämlich in der VO 17 nicht vorgesehen³¹⁾. Die Kommission kann daher davon ausgehen, daß die Unternehmen wenigstens im Rahmen des Art. 2 VO 17 eine Sachentscheidung begehren. Sie erleiden dadurch keine Nachteile, weil sie mit der Anmeldung ohnehin zu erkennen gegeben haben, daß sie mit einer Veröffentlichung des wesentlichen Inhalts ihres Antrages und der Entscheidung einverstanden sind. Soweit die Unternehmen also keinen entgegenstehenden Willen äußern, liegt in einer Anmeldung unter Ausfüllung des Abschnittes IV in erster Linie ein Antrag auf Freistellung, hilfsweise ein Antrag auf Negativattest.

c) Die Stellung eines Antrags nach Art. 2 VO 17 könnte nach Art. 9 III die Befugnis der "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" zur Anwendung der Art. 85 I, 86 beenden, nämlich dann, wenn in dem Bewirken des Antrags (Art. 3 VO 27) bereits die "Einleitung eines Verfahrens nach Art. 2" durch die Kommission läge.

In diesem Kapitel soll jedoch nur das Verfahren vor der Kommission dargestellt werden. Das Problem wird daher unter dem Gesichtspunkt der Tragweite des Negativattests für die nationalen Behörden in den §§ 9 III, 10 I behandelt.

B. Gemäß Art. 10 VO 17 hat die Kommission das Verfahren zur Erteilung des Negativattests "in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" durchzuführen. Diese sind berechtigt, zu dem Verfahren Stellung zu nehmen (Abs. 2).

1) Zunächst fragt es sich, welche die "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" sind.

Dieser Ausdruck kehrt wörtlich in den Art. 11 I, II u. VI; 13 I - II; 14 II 2, IV - V; 19 II und 20 II wieder. Außerdem spricht Art. 9 III davon, daß die Behörden der Mitgliedstaaten "nach Art. 88 des Vertrages zuständig bleiben"; auf die problematische, vor dem Inkrafttreten der VO 17 geltende provisorische Zu-

30) so auch Ryziger, *Gaz. Pal.* 1964, *Doctr.*, 95

31) s. u. § 8 I 4 b, § 10 II 3

ständigkeitsregelung nimmt auch die Übergangsvorschrift des Art. 23 I VO 17 Bezug. An dieser Stelle gilt es lediglich, die zuständigen Behörden i. S. d. Art. 10 zu bestimmen. Daher sollen die beiden über Art. 88 mit dem früheren Rechtszustand verknüpften Art. 9 III und 23 I zunächst außer Betracht bleiben. Alle übrigen der genannten Vorschriften befassen sich mit den Ermittlungsbefugnissen der Kommission im Rahmen der von ihr geführten Verwaltungsverfahren, die durch Anhörungs- oder Mitwirkungsrechte ³²⁾ und -pflichten ³³⁾ der nationalen Behörden ergänzt werden. Für diese Vorschriften muß ein einheitlicher Begriff der "zuständigen Behörden" gelten.

Auf jeden Fall ist danach "zuständige Behörde des Mitgliedstaats" diejenige Behörde, der die Durchsetzung der nationalen Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren obliegt ³⁴⁾. Auf der anderen Seite sind, wie Art. 11 I ergibt, die zuständigen Behörden und die "Regierungen" der Mitgliedstaaten auseinanderzuhalten.

a) Zuständige Behörden i. S. d. Art. 10 I VO 17 der Bundesrepublik Deutschland sind somit das Bundeskartellamt und der Bundesminister für Wirtschaft (§ 44 I Nr. 1 d und Nr. 2 GWB) ³⁵⁾, nicht auch das Oberlandesgericht oder der Bundesgerichtshof, welche die Entscheidungen der Kartellbehörden in Verwaltungs- und Bußgeldsachen nur richterlich überprüfen, selbst aber keine Verwaltungstätigkeit ausüben (vgl. §§ 62 IV, 82 und §§ 73, 83 GWB) ³⁶⁾.

b) In Belgien bestimmt Art. 28 der "Loi contre l'abus de puissance économique" vom 27. Mai 1960 ³⁷⁾, daß für die Anwendung der Art. 85 I und 86 des EWG-Vertrages durch die belgischen Behörden die Verfahrensvorschriften dieses Gesetzes gelten.

Danach findet ein dreistufiges Verwaltungsverfahren zur Feststellung eines Mißbrauchs vor dem "Commissaire-rapporteur", dem "Conseil du contentieux économique" und dem Wirtschaftsminister statt, der Empfehlungen zur Abstellung

32) Art. 11 II, VI; 13 II; 14 II, IV, V; 19 II VO 17

33) Art. 11 I; 13 I; 14 V und u. U. VI VO 17

34) vgl. Schlieder, BB 1962, 310; Waelbroeck, R. C. D. I. P. 1962, 415 ff 436; Deringer, Art. 10 N. 2 i. V. mit Art. 9 N. 18

35) BKartA, Tätigkeitsbericht 1962 S. 76

36) i. d. F. d. Gesetzes vom 15. 9. 1965, BGBl. I 1363

37) Moniteur belge 1960 S. 4676, 5210; vgl. dazu Deringer, Art. 19 N. 18 22, 26, unter Verweisung auf del Marmol, La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, Lüttich 1960; vgl. z. B. Cour d'Appel de Bruxelles v. 25. 6. 1964, J. T. 1964, 576 ff 582 m. Anm. Rigaux S. 584 (Nr. 6)

des Mißbrauchs aussprechen kann, deren Befolgung nötigenfalls durch königlichen Erlaß erzwungen wird. Vorbehaltlich einer besonderen belgischen Regelung ist anzunehmen, daß die Kommission im Verfahren nach Art. 10 VO 17 mit dem Wirtschaftsminister korrespondieren wird, der nach dem Gesetz vom 27. 5. 1960 die unteren Verwaltungsbehörden anweisen kann, ein Verfahren einzuleiten,

c) Für die Niederlande ergibt sich aus Art. 1 des Überleitungsgesetzes vom 5. Dezember 1957 ³⁸⁾ und Art. 1 des "Wet economische mededinging" vom 28. Juni 1956 ³⁹⁾, daß der Wirtschaftsminister und der Minister, dessen Fach betroffen ist, auch in Anwendung des Art. 88 EWG-V und damit nach Art. 10 VO 17 zuständig sind ⁴⁰⁾.

d) In Luxemburg ist erst am 15. 2. 1966 eine Verordnung über die Preisbindung und die Lieferverweigerung in Kraft getreten ⁴¹⁾. Zu ihrer Ausführung sind der Wirtschaftsminister und der Justizminister zuständig (Art. 6).

e) Während in den bisher genannten Ländern jeweils eine zur Durchsetzung der innerstaatlichen Wettbewerbsgesetze berufene Verwaltungsbehörde vorhanden ist, obliegt diese Aufgabe in Frankreich den ordentlichen Gerichten, die insbesondere die Nichtigkeit von verbotenen "Ententes" feststellen (Art. 59-bis der Preisverordnung ⁴²⁾) und Strafen wegen Verstoßes gegen die Diskriminierungs- und Preisbindungsverbote verhängen können (Art. 37 der PreisVO ⁴³⁾). Die auf Grund des Art. 59-quater ⁴⁴⁾ eingesetzte "Commission technique des ententes et des positions dominantes" gibt in Verwaltungs- und Zivilverfahren lediglich gutachtliche Stellungnahme (avis) über die Gültigkeit des Kartells nach den Art.

38) Staatsblad 1957 Nr. 528 S. 1070

39) Staatsblad 1956 Nr. 401, geändert durch Gesetz vom 16. 7. 1958, Staatsblad 1958 Nr. 413, 491

40) Deringer, Art. 9 N. 18; s. a. Bericht, Nr. 31-35

41) Règlement grand-ducal vom 9. 12. 1965 Mémorial A Nr. 71 = WuW 1966, 814

42) Ordonnance no. 45-1483 "relative aux prix", J. C. P. 1945, III, 9666 i. d. F. d. Décret no. 53-704 v. 9. 8. 1953, J. O. v. 10. 8. 53, S. 7045, und der Loi de Finances no. 63-628 vom 2. 7. 1963, J. O. v. 3. 7. 1963 = WuW 1964, 221

43) in der Fassung des Décret no. 58-545 v. 24. 6. 1958, J. O. v. 25. 6. 1958

44) i. d. F. d. Finanzgesetzes (42)

59-bis, ter, quater ab⁴⁵⁾. Strafverfahren wegen Verstoßes gegen Art. 37 beeinflusst ein solcher "avis" nicht⁴⁶⁾. Die Commission technique ist also nur zur Unterstützung der Gerichte und des Ministeriums, d.h. allenfalls zur "Mitwirkung bei der Durchsetzung" des französischen Kartellrechts berufen. Eine besondere Regelung der Zuständigkeit nach Art. 88 EWGV besteht nicht. Andererseits vertrüge es sich nicht mit der hergebrachten Aufgabe der Gerichte, wollte man sie (vor allem; welches von ihnen?) über Art. 10 VO 17⁴⁷⁾ - ohne daß ein Verfahren bei ihnen anhängig wäre - zur Konsultation oder gar zu Auskünften (Art. 11) in einem Verwaltungsverfahren heranziehen. Es kommt hinzu, daß es in Frankreich kein spezielles, für das ganze Land zuständiges Kartellgericht gibt. Die VO 17 setzt aber in den Art. 10 ff eine zentrale Behörde voraus. Das ist in Frankreich die "Direction générale du Commerce interieur et des Prix" des Wirtschafts- und Finanzministeriums⁴⁷⁾.

e) Solange Italien weder ein Kartellgesetz noch eine zur Anwendung der Art. 85, 86 zuständige Behörde besitzt, wird sich die Kommission mit dem Ministerium für Handel und Industrie in Verbindung setzen.

Mit Deringer⁴⁸⁾ ist schließlich aus der Stellung der Kommission als besondere Kartellbehörde und aus Art. 151 des EWG-Vertrages zu folgern, daß die Kommission nicht verpflichtet ist, den Ausschuß der ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten (Art. 151 II d. V.) in Kartellverfahren einzuschalten.

2) Gemäß Art. 10 I VO 17 übersendet die Kommission den soeben bestimmten "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" unverzüglich eine Abschrift des Antrags sowie der wichtigsten Schriftstücke, die zur Erteilung eines Negativattests bei ihr eingereicht werden. Da die Behörden aller sechs Mitgliedstaaten (nicht nur derjenigen, auf deren Handel sich die Beschränkung auswirkt) eingeschaltet werden müssen, sind die Anträge nach Art. 2 VO 27 in siebenfacher Ausfertigung einzureichen. Die Behörden sind auf Grund von Art. 10 II in jedem Stadium des Verfahrens (also auch vor Anhörung des Beratenden Ausschusses gem. Abs. III - IV) berechtigt, Stellung zu nehmen (s. a. unten § 9 III 3). Ob die

45) Art. 59-bis Abs. 2 Satz 2; siehe dazu Rodière, Kartelle und Monopole I S. 261 ff 270/71; Brault, NJW 1966, 2244, der die große Autorität dieser "avis" betont.

46) s. z.B. Cour d'Appel d'Amiens v. 9. 5. 1963, J.T. 1963 no. 4422 S. 637 ff 639

47) Brault, NJW 1966, 2241 ff 2242 FN 3; s. z.B. Cour d'Appel de Paris v. 26. 1. 1963, Dalloz 1963, Jurispr., 189 und dazu unten § 9 FN 21

48) Art. 10 N. 3

nationalen Behörden die nach Art. 10 erhaltenen Informationen in einem vor ihnen anhängigen Verfahren verwerten dürfen⁴⁹⁾, ist m. E. eine Frage des innerstaatlichen Rechts. Art. 20 I VO 17 gebietet lediglich, daß die "bei Anwendung der Art. 11, 12, 13 und 14 erlangten" Kenntnisse ausschließlich zu dem mit der Auskunft oder Nachprüfung verfolgten Zweck verwertet werden dürfen. Diese Vorschrift bezieht sich zwar auch auf die nationalen Behörden⁵⁰⁾, zumal Art. 13 Nachprüfungen durch Behörden der Mitgliedstaaten behandelt. Art. 10 ist als Informationsquelle aber nicht mit aufgeführt⁵¹⁾. Überdies schreiben Art. 19 III und Art. 21 der VO sogar die Veröffentlichung des "wesentlichen Inhalts" des Antrags und der Entscheidung vor, wobei freilich auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu achten ist. Eine "Verwertung" im innerstaatlichen Verfahren ist aber auch ohne "Preisgabe" (Art. 20 II) von unter das Berufsgeheimnis fallenden Kenntnissen gegenüber Dritten möglich, indem die nationale Behörde - unter Wahrung aller nach nationalem Recht geschützten Geheimnisinteressen - gegen den Antragsteller einschreitet. Dieser muß also damit rechnen, daß die in seinem Antrag gemachten Angaben auch in innerstaatlichen Kartellverfahren gegen ihn verwertet werden dürfen. Umgekehrt folgt aus Art. 10 II und u. a. auch aus Art. 11 I, daß die Kommission alle ihr von den Regierungen oder Kartellbehörden der Mitgliedstaaten erteilten Auskünfte über innerstaatliche Verfahren im Verfahren nach der VO 17 verwerten darf⁵²⁾.

C. Nach Eingang und Weiterleitung des Antrags prüft die Kommission diesen auf seine Schlüssigkeit. Die sachlichen Voraussetzungen der Erteilung eines Negativattests werden unten unter II dargestellt. Hier interessiert zunächst noch, welche Ermittlungsmöglichkeiten der Kommission zur Verfügung stehen, falls sie tatsächliche Angaben in einem an sich ordnungsgemäßen Antrag für unvollständig oder unrichtig hält.

49) unter Hinweis auf § 46 I Nr. 1, V GWB generell verneinend Deringer, Art. 10 N. 6

50) Merkblatt 3, Teil II, S. 22; Junge, GemKomm I § 46 N. 29, u. Spengler, ebenda II N. 83

51) ähnlich § 46 VIII 1, IX GWB

52) Deringer, Art. 11 N. 14

- 1) Nach Art. 11 VO 17⁵³⁾ kann die Kommission
1. von den Regierungen und
 2. den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten sowie
 3. von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

Auskünfte einholen⁵⁴⁾.

a) Richtet die Kommission ein Auskunftsverlangen⁵⁵⁾ an ein Unternehmen oder eine Vereinigung, so hat sie darin auf die Rechtsgrundlage, den Zweck des Verlangens und die in Art. 15 I b) für den Fall der Erteilung einer unrichtigen Auskunft vorgesehene Geldbuße hinzuweisen (Art. 11 III) sowie eine Frist zu setzen (Abs. V). Die für das Unternehmen zuständige nationale Kartellbehörde erhält eine Abschrift des Verlangens (Abs. II).

Gemäß Art. 11 IV sind die Inhaber der Unternehmen oder deren Vertreter, bei juristischen Personen, Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen zur Erteilung der Auskunft verpflichtet. Nach Art. 11 hängt die Auskunftspflicht nicht davon ab, daß die ersuchten Unternehmen selbst an einem unter Art. 85 I oder 86 fallenden Sachverhalt beteiligt sind⁵⁶⁾. Grundsätzlich sind auch ausländische Unternehmen zur Auskunft verpflichtet, soweit sich ihre Tätigkeit im gemeinsamen Markt auswirkt, zumindest aber dann, wenn die ersuchten Personen kraft Wohnsitzes oder Aufenthalts der Hoheit der EWG unterworfen sind. Eine Erzwingung der Auskunft ist nach völkerrechtlichen Grundsätzen nur im Inland (etwa durch Vollstreckung in dort belegenes Vermögen) möglich⁵⁷⁾. Ein etwa § 46 V GWB entsprechendes Auskunftsverweigerungsrecht bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ist entgegen dem Vorschlag des Europäischen Parlaments⁵⁸⁾

53) der das allgemeine Auskunftsrecht kraft Art. 213 d. V. näher ausgestaltet; die nationalen Kartellbehörden sind nach Art. 89 I 2 d. V. zur Amtshilfe verpflichtet.

54) vgl. dazu die eingehenden Erläuterungen mit rechtsvergleichenden Bemerkungen bei Deringer zu Art. 11

55) in Form eines einfachen Schreibens - vgl. Merkblatt 3. Teil III S. 22

56) Gleiss/Hirsch, Art. 11 N. 1; Deringer Art. 11 N. 3, 9

57) Hug, Kartelle und Monopole II S. 603 ff, 631/632; z. T. weitergehend I. Schwartz S. 271; vgl. Reh binder S. 354 ff

58) Bericht Deringer Nr. 121, Art. 9 IV 2 der Entschlie ßung v. 19.10.1961, aaO (S. 48) S. 285; s. a. Wohlfarth Art. 214 N. 6

bisher nicht Gesetz geworden⁵⁹⁾. Wird die von Unternehmen verlangte Auskunft nicht oder nur unvollständig innerhalb der gesetzten Frist erteilt, so kann die Kommission ohne Anhörung der Beteiligten (arg. Art. 19 I) die Auskunft durch Entscheidung anfordern. Die Entscheidung muß gemäß Abs. V die Auskunft bezeichnen, eine angemessene Frist bestimmen, sowie eine Belehrung über die möglichen Zwangsmaßnahmen und das Klagerecht vor dem Gerichtshof enthalten. Denkbare Fehlerquellen, die eine Nichtigkeitserklärung der Entscheidung nach Art. 173, 174 d. V. rechtfertigen, wären z.B. fehlende Angabe der Rechtsgrundlage (Art. 15 III), ungenaue Bezeichnung der verlangten Tatsachen (Art. 15 V 2), fehlende oder unzureichende Begründung⁶⁰⁾ sowie vor allem Ermessensmißbrauch. So darf die Kommission auf Grund von Art. 11 I nur Auskünfte einholen, die "zur Erfüllung der ihr in Art. 89 des Vertrages und in Vorschriften nach Artikel 87 des Vertrages übertragenen Aufgaben erforderlich" sind. Speziell für das Negativattest fragt es sich, ob Auskünfte überhaupt "erforderlich" sein können, da die Kommission ohnehin nur "nach den ihr bekannten Tatsachen" entscheidet und es also Sache der Unternehmen ist, die Tatsachen vollständig vorzutragen. Man wird der Kommission jedoch zugestehen müssen, daß sie bei Unklarheiten oder sachlich begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben ihre Ermittlungsmöglichkeiten ausschöpft, schon um einen unbegründeten Rechtsschein zu vermeiden. Im Regelfall wird die Kommission allerdings über den Antrag auf Erteilung eines Negativattests "im wesentlichen auf der Grundlage der von den Unternehmen selbst gegebenen Auskünfte sowie unter Berücksichtigung der von Dritten gemachten Angaben und der ihr sonstwie bekannten oder bekanntgewordenen Tatsachen entscheiden" ⁶¹⁾. Im Gegensatz zum Verfahren nach Art. 85 III hält sie sich nicht für verpflichtet, die Richtigkeit und Vollständigkeit des vorgetragenen Sachverhalts nachzuprüfen ⁶²⁾. Ermessensmißbräuchlich sind ferner Auskunftsverlangen, deren Beantwortung nicht zumutbar wäre. In diesem Zusammenhang ist noch umstritten, inwieweit eine Berufung auf Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse - vor allem unter Berücksichtigung der Verpflichtung der Kommission zur Amtsverschwiegenheit (Art. 20 VO 17) - zulässig ist ⁶³⁾.

59) vgl. Antwort der Kommission v. 30. 7. 1962 auf Anfrage des Abg. Deringer ABL. S. 2135/62; Schumacher, WuW 1962 475. Deringer (GRUR-AIT 1962, 291 u. Komm. Art. 11 N. 15) hält inzwischen die entsprechenden Vorschriften der nationalen Strafprozeßordnungen für analog anwendbar. Zweifelsd Würdinger, WuW 1964, 584

60) Art. 190 d. V. und dazu z.B. EuGH v. 4. 7. 1963 i. S. 24/62, RSpr. IV 155 ff

61) Kommission, besonderes Merkblatt zu Formblatt A

62) aaO(61) und zu Formblatt B

63) s. dazu Wohlfarth, Art. 213 N. 6, u. Deringer, Art. 11 N. 11-12; Würdinger, WuW 1964, 579 ff 583 Nr. 2

b) Wird die Entscheidung (Art. 11 V) rechtskräftig ⁶⁴⁾ und weigert sich ein Unternehmen weiterhin, die Auskunft zu erteilen, so bleibt nur das Erzwingungsverfahren nach Art. 16 I c VO 17. Danach kann die Kommission - neben der Geldbuße nach Art. 15 I b (s. o. FN 32) - für jeden Tag des Verzuges ein Zwangsgeld in Höhe von 50 bis 1000 Rechnungseinheiten festsetzen. Die Festsetzung von Bußen und Zwangsgeld ist gem. Art. 17 VO 17 i. V. m. Art. 172 d. V. selbstständig durch Klage im "Verfahren zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung" anfechtbar.

c) Die auf Grund des Art. 11 I VO 17 in Anspruch genommene Regierung oder Kartellbehörde kann nach dem allgemeinen Vorbehalt des Art. 223 I a EWG-Vertrag solche Auskünfte verweigern, deren Preisgabe nach Ansicht des Mitgliedsstaats seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht ⁶⁵⁾. Denkbar wäre z. B. eine staatlich geduldete Absprache über die Produktion von Kriegsmaterial und anderer Waren i. S. der nach Art. 223 II, I b aufzustellenden Liste.

2) a) Nach Art. 14 VO 17, der Art. 213 d. V. näher ausgestaltet, kann die Kommission bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Nachprüfungen vornehmen. Entsprechend Art. 11 ist auch hier bestimmt, daß die Nachprüfung "zur Erfüllung der ihr in Art. 89 und in Vorschriften nach Art. 87 d. V. übertragenen Aufgaben erforderlich" sein muß. Wie bereits erwähnt (s. o. FN 61), gedenkt die Kommission, in Verfahren nach Art. 2 VO 17 regelmäßig keine Nachprüfungen vorzunehmen. Es wäre wohl auch nicht einfach darzutun, inwiefern eine Nachprüfung "erforderlich" ist. Zwar wird man nicht allgemein sagen können, daß Art. 14 stets die Einholung einer Auskunft voraussetze ⁶⁶⁾. Im Verfahren nach Art. 2 ist jedoch eine Nachprüfung nur dann erforderlich, wenn die Kommission einen Verstoß gegen die Art. 85, 86 "vermutet" (Art. 89 I 2), insbesondere wenn sie den Antrag zurückweisen will, weil sie begründeten Anlaß zu dem Verdacht hat, daß der an sich ein Negativattest rechtfertigende Vortrag des Antragstellers unrichtig ist. In einem solchen Fall verfügen die Beauftragten der Kommission nach Art. 14 I 2 über die Befugnis,

64) Zu der angesichts Art. 185 d. V. problematischen Frage, ob die Klage überhaupt aufschiebende Wirkung hat: bejahend Kleemann (S. 81) u. Deringer (Art. 15 N. 17-20), a. M. Würdinger, WuW 1964, 580

65) s. Würdinger, WuW 1964, 583 Nr. 1

66) so Wohlfarth, Art. 213 N. 3; anderer Meinung EuGH v. 4. 4. 60 i. S. 31/59, RSpr. VI 164 zu dem sachlich gleichen Art. 47 EGKS-Vertrag, sowie Deringer, Art. 14 N. 1

- a) die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen zu prüfen,
- b) Abschriften oder Auszüge aus Büchern und Geschäftsunterlagen anzufertigen,
- c) mündliche Erklärungen an Ort und Stelle anzufordern,
- d) alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel der Unternehmen zu betreten;

eine Beschlagnahme ist nicht vorgesehen. Einzelheiten des Prüfungsauftrags regelt Art. 14 II. Zur Duldung der Nachprüfung sind die Unternehmen erst verpflichtet, wenn die Kommission diese in einer Entscheidung gem. Art. 14 III angeordnet hat. Die formellen Erfordernisse, Rechtsfolgen und der Rechtsschutz entsprechen im wesentlichen denen bei der Auskunftsentcheidung nach Art. 11 V (s. o. 1). Da die Eingriffe weiter gehen als nach Art. 11, ist vor Erlaß der Entscheidung die Kartellbehörde des Mitgliedstaats anzuhören, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll (Abs. IV). Bedienstete dieser nationalen Behörde können auf Antrag der Behörde oder der Kommission zur Amtshilfe herangezogen werden (Art. 14 V VO 17; s. a. Art. 89 I 2). Duldet das Unternehmen die nach Art. 14 III angeordnete Nachprüfung nicht, so kann gem. Art. 15 I c - einmalig - ein Bußgeld verhängt werden. Widersetzt sich der Adressat weiterhin (s. o. FN 64), so kann die Kommission für jeden Tag des Verzuges ein Zwangsgeld festsetzen (Art. 16 I d).

Nach Art. 14 VI VO 17 sind in diesem Falle die Mitgliedstaaten daneben verpflichtet, den Beauftragten der Kommission nach innerstaatlichem Verwaltungszwangsrecht ⁶⁷⁾ die erforderliche Unterstützung zu gewähren. Verweigert also ein deutsches Unternehmen den Beauftragten den angeordneten Zutritt zu seinen Geschäftsräumen, so muß das Bundeskartellamt gem. § 46 IV GWB einen amtsrichterlichen Durchsuchungsbefehl erwirken ⁶⁸⁾.

- b) Unter den Voraussetzungen des Art. 14 I bzw. III haben auf Ersuchen der Kommission an deren Stelle die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten die Nachprüfungen vorzunehmen; Art. 13 VO 17. Die Kommission wird im Regelfall diesen Weg wählen ⁶⁹⁾. Gemäß Art. 13 II können auf Antrag jeder der beteiligten Behörden Bedienstete der Kommission zur Unterstützung herangezogen werden.

67) vgl. die Übersicht bei Deringer, Art. 11 FN 1

68) vgl. Deringer Art. 14 N. 10

69) Schlieder, BB 1962 311; Deringer Art. 13 N. 2, der aus der Reihenfolge der Vorschriften auf eine Subsidiarität des Verfahrens nach Art. 14 schließt. M. E. liegt die Wahl des Verfahrens im Ermessen der Kommission.

D. Rechtliches Gehör

1) Vor einer abschließenden Entscheidung auf Grund des Art. 2 VO 17 muß die Kommission in jedem Falle gem. Art. 10 III VO 17 den Beratenden Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen anhören.

Will sie "nach den ihr bekannten Tatsachen" das Negativattest nicht oder nicht uneingeschränkt erteilen, dann - und nur dann ⁷⁰⁾ - muß sie den Beteiligten gem. Art. 19 I VO 17 Gelegenheit geben, sich zu den "von der Kommission in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern". Will sie dagegen das Negativattest erteilen, so muß sie den wesentlichen Inhalt des Antrags veröffentlichen mit der "Aufforderung an alle betroffenen Dritten, der Kommission ... Bemerkungen mitzuteilen"; Art. 19 III.

Dritte Personen, die ein ausreichendes Interesse glaubhaft machen, sind auf Antrag anzuhören; Art. 19 II 2.

Die Kommission oder die nationalen Kartellbehörden können außerdem von Amts wegen dritte Personen anhören, soweit sie es für nötig halten; Art. 19 II 1.

2) Über die Anhörung nach Art. 19 Absätze 1 und 2 hat die Kommission auf Grund der Ermächtigung des Art. 24 VO 17 in ihrer Verordnung Nr. 99/63 EWG vom 25. Juli 1963 - VO 99 - ⁷¹⁾ Ausführungsbestimmungen erlassen.

a) Sie erkennt ⁷²⁾ den "Grundsatz des rechtlichen Gehörs" an, wenn sie in Art. 4 dieser VO bestimmt:

"Die Kommission zieht in ihren Entscheidungen nur die Beschwerdepunkte in Betracht, zu denen die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die sich die Entscheidung richtet, Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben",

die den Beteiligten also "mitgeteilt" worden sind (Art. 2). Es kommt nur auf die "Gelegenheit zur Äußerung" an. Äußern sich die Unternehmen innerhalb der gesetzten Frist nicht, so kann die Kommission entscheiden, ohne verspätete Äußerungen berücksichtigen zu müssen ⁷³⁾. Nach Sinn und Zweck des Art. 19 I VO 17 i. V. m. Art. 4 VO 99 sind unter mitzuteilenden "Beschwerdepunkten"

70) Deringer Art. 19 N. 6

71) ABL. Nr. 127 v. 20.8.1963, S. 2268/63; vgl. dazu Eckert, DB 1963, 1311; Tessin, AWD, 1963, 231; WRP 1963, 328

72) - ausdrücklich in der 3. amtlichen Erwägung -

73) vgl. Art. 1 IV, 3 I, 11 III VO 99

alle Umstände zu verstehen, die nach Ansicht der Kommission die Entscheidung ungünstig beeinflussen können ⁷⁴⁾, die also möglicherweise der Erteilung des Negativattests im Wege stehen. Da die Antragsteller vor Überraschungsentscheidungen zu schützen sind, muß die Kommission m. E. das rechtliche Gehör auch dann gewähren, wenn ihrer Meinung nach eine sachliche Entscheidung unzulässig ist, weil

der Antrag nicht ordnungsgemäß (s. o. A 1),

der Antragsteller nicht beteiligtenfähig (A 2),

der Einreicher nicht vertretungsberechtigt (A 3) oder

die Kommission sachlich nicht zuständig ist (§ 4 und unten II A 4 a, b, d),

oder

weil ausnahmsweise kein "Rechtsschutzbedürfnis" besteht (s. u. II A 6 a).

Zum Gang des Verfahrens bemerkt die Kommission in der Präambel zur VO 99 ⁷⁵⁾, daß sie in den meisten Fällen schon "im Laufe der Untersuchung" mit den Unternehmen, gegen die ermittelt wird (d. h. hier: deren Antrag auf Negativattest sie ablehnen möchte), "enge Verbindung aufnehmen" will. Dabei muß es sich nicht um formelle Auskunftsverlangen nach Art. 11 handeln; in Betracht kommen auch formlose Rückfragen. Die förmliche Anhörung der Beteiligten und Dritten soll sodann "nach Abschluß der Untersuchung" ⁷⁶⁾, aber vor Anhörung des Beratenden Ausschusses (Art. 1 VO 99) stattfinden. Ergeben sich später, etwa bei der Konsultation des Ausschusses oder im Verlauf der Anhörung Dritter, neue Beschwerdepunkte, dann muß die Kommission die Beteiligten entweder erneut hören oder - wegen Art. 4 - auf die Verwertung dieser Tatsachen verzichten ⁷⁶⁾.

b) Die Mitteilung der Beschwerdepunkte und die Äußerungen der Beteiligten (Art. 3) und Dritten (Art. 5) sollen grundsätzlich schriftlich erfolgen. Die Kommission kann allerdings stets die mündliche Erläuterung zulassen (Art. 7 II). Sie muß dies, wenn die Personen es in der schriftlichen Äußerung beantragen und ein ausreichendes Interesse gerade an der mündlichen Erläuterung glaubhaft machen; letzteres Interesse wird bei der Androhung von Geldbußen oder Zwangsgeldern vermutet (Art. 7 I). Die Sitzung ist nicht öffentlich (Art. 9 III); über die wesentlichen Erklärungen der Angehörten wird eine Niederschrift aufgenommen (Art. 9 IV).

74) Deringer, Art. 19 N. 6

75) zweite Erwägung

76) Eckert aaO (71) S. 1312, Tessin aaO (71) S. 232, Deringer Art. 19 VO 17 N. 5

Die übrigen Bestimmungen regeln technische Einzelheiten der Ladung, Vertretung und des Beistandes in der mündlichen Anhörung (Art. 8, 9 I- II), sowie der Zustellungen (Art. 10) und Fristen (Art. 11).

3) Die Anhörung dritter Personen ohne deren Antrag, d. h. von Amts wegen, durch die Kommission oder die nationalen Kartellbehörden nach Art. 19 II 1 VO 17 ist in der VO 99 nicht geregelt. Was die Kommission betrifft, so wiederholt diese Vorschrift nur den Grundsatz des Art. 89 I 2 d. V., wonach sie von Amts wegen "Untersuchungen führen" kann. Bemerkenswert ist dagegen, daß Art. 19 II 1 den nationalen Kartellbehörden auch nach Einleitung eines Verfahrens gem. Art. 9 VO 17 selbständige Ermittlungsmöglichkeiten bei Verdacht eines Verstoßes gegen das EWG-Kartellrecht einräumt. Dies erscheint deshalb zweckdienlich, weil damit der möglichen Zweifelsfrage, ob das nationale Recht eine solche Anhörung zuläßt, vorgebeugt ist, und weil die nationalen Behörden in die Lage versetzt werden, ihre Stellungnahme nach Art. 10 II grundlich vorzubereiten. Weder die VO 17 noch die VO 99 sehen allerdings die Möglichkeit der Erzwingung der Äußerung nach Art. 19 II 1 vor; hier bleibt nur der Weg eines Auskunftsverlangens der Kommission, dessen Beantwortung jedoch nur von den in Art. 11 IV genannten Personen erzwungen werden kann.

4) a) Nach Art. 10 V 2 VO 17 nimmt der Beratende Ausschuß bereits auf der Grundlage eines "vorläufigen Entscheidungsvorschlags" der Kommission Stellung. Will die Kommission ein Negativattest erteilen, so hat sie gem. Art. 19 III den wesentlichen Inhalt des Antrags zu veröffentlichen, um allen betroffenen Dritten, die noch nicht gehört worden sind, Gelegenheit zu geben, der Kommission Bemerkungen mitzuteilen. In diesem Stadium des Verfahrens muß die Kommission mithin schon in der Lage sein, einen - befürwortenden - vorläufigen Entscheidungsvorschlag zu machen.

Fragt man sich, welche Reihenfolge die Kommission einzuhalten hat, wenn sie einem Antrag nach Art. 2 VO 17 stattgeben will, dann ergibt sich: sie ist zwar nicht gehindert, nach Anhörung des Ausschusses "notfalls erneut zu ermitteln"⁷⁷⁾. Andererseits muß aber im Verfahren vor der Kommission der Grundsatz der Prozeßökonomie gelten. Dieser gebietet, die Anhörungen Dritter möglichst vor der Konsultation des Ausschusses abzuschließen. Anderenfalls müßte die Kommission nämlich dann, wenn die "Bemerkungen" der nach Art. 19 III aufgeforderten Betroffenen und deren anschließende zusätzliche Anhörung wesentliche neue Tatsachen erbringen, den Ausschuß zu dieser neuen Lage nochmals hören.

77) so die letzte Erwägung zur VO 99

Eine zweite Konsultation wäre zumindest für den Fall, daß die Kommission auf Grund der neuen Tatsachen ihren "vorläufigen Entscheidungsvorschlag" nicht aufrechterhalten will, unerläßlich. Sie wäre nach Sinn und Zweck des Art. 10 III - VI geboten, falls gegen die vorgeschlagene Entscheidung Bedenken auftauchen, die nach den nach der ersten Anhörung bekannten Tatsachen nicht angezeigt waren. Danach sollte die Veröffentlichung nach Art. 19 III der Konsultation vorhergehen, schon um zu vermeiden, daß die betroffenen Dritten im Klagewege geltend machen können, die Kommission habe die nach den mitgeteilten Bemerkungen gebotene zweite Konsultation unterlassen und damit eine auch in ihrem Interesse bestehende "wesentliche Formvorschrift" i. S. d. Art. 173 d. V. verletzt.

b) Der Antrag ist nach dem Wortlaut des Art. 19 III nur dann im Amtsblatt zu veröffentlichen, wenn die Kommission das Negativattest "erteilen will". Veröffentlicht sie daher einen Antrag unter Hinweis auf Art. 19 III ⁷⁸⁾, so gibt sie damit zu verstehen, daß sie dem Antrag stattgeben will ⁷⁹⁾.

c) Die Kommission darf nach Art. 19 III Satz 1 nur den "wesentlichen Inhalt" des Antrags veröffentlichen; dabei muß sie den "berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen" (Satz 2). Wesentlich sind nur Tatsachen, die für die Beurteilung der unterbreiteten Absprache oder Maßnahme nach Art. 85 I oder 86 erheblich sein können, die sich also insbesondere auf den Handel "zwischen Mitgliedstaaten" und den Wettbewerb "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" auswirken können. Es muß zumindest möglich sein, daß Dritte, d. h. Konkurrenten, Handelspartner oder Verbraucher im Gebiet des Gemeinsamen Marktes davon "betroffen" werden. Regelt eine Absprache z. B. nur die Ausfuhr in Drittländer, so könnten durch die Veröffentlichung wichtige Exportinteressen der Gemeinschaft gefährdet werden. In einem solchen Fall brauchen die Umstände, die sich nach Meinung der Kommission nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken können, nicht bekanntgegeben zu werden ⁸⁰⁾. So hat die Kommission in ihrer zweiten Bekanntmachung nach Art. 19 III v. 4. 7. 1963 ("Vitapointe") (78) offengelassen, auf welche "Länder und Gebiete außerhalb des Gemeinsamen Marktes" sich das ausschließliche Nutzungsrecht der britischen Vertragspartnerin des Antragstellers bezieht.

78) Wie erstmals im ABl. v. 4. 7. 1963, S. 1853/63

79) vgl. Merkblatt 3. Teil IV u. VII 2

80) Weyer, DB 1962, 325 ff 327 FN 43

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem noch, ob die beteiligten Unternehmen einen Rechtsbehelf haben, falls die Kommission - nach ihrer Behauptung - die berechtigten Interessen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse verletzt. In Frage käme nur eine schnell zu erlangende einstweilige Maßnahme, die verhindern müßte, daß weitere Amtsblätter ausgegeben werden. Nach Art. 186 EWGV i. V. m. Art. 83 § 1 II der Verfahrensordnung des Gerichtshofs⁸¹⁾ sind "einstweilige Anordnungen" aber nur zulässig, wenn sie von einer Partei eines beim Gerichtshof anhängigen Rechtsstreits gestellt werden und sich auf diese beziehen. Die Veröffentlichung ist keine Entscheidung i. S. des Art. 173 II d. V. und kann daher nicht selbständig angefochten werden. Es bleibt nur eine nach Art. 178 beim EuGH zu erhebende Leistungs- oder Feststellungsklage⁸²⁾ auf Ersatz des durch die gegen Art. 19 III verstoßende Veröffentlichung verursachten Schadens auf Grund der Amtshaftungsbestimmung des Art. 215 II EWG-Vertrag⁸³⁾.

d) In der Veröffentlichung des Antrags nach Art. 19 III VO 17 werden alle betroffenen Dritten "aufgefordert", der Kommission innerhalb einer von ihr auf mindestens einen Monat festzusetzenden Frist Bemerkungen mitzuteilen. An dieser Stelle erhebt sich die Frage, ob die Betroffenen dazu "verpflichtet" sind, genauer:

ob sie mit denjenigen Einwänden gegen die Erteilung des Negativattests, die sie innerhalb der Frist hätten vortragen können, nach Ablauf der Frist auch in einem von ihnen beantragten Verfahren nach Art. 3 VO 17 ausgeschlossen sind.

Deringer⁸⁴⁾ und Gleiss/Hirsch⁸⁵⁾ setzen als selbstverständlich voraus, daß die Betroffenen zur Mitteilung nicht verpflichtet seien; sie könnten neue Tatsachen auch nach Erteilung des Negativattests vortragen, woraufhin die Kommission neu entscheiden könne⁸⁶⁾. In der Tat wäre die "Verpflichtung" zur Mitteilung (bzw. die oben umschriebene Ausschlußwirkung der Frist nach Art. 19 III) eine so folgenschwere Ausnahme, daß sie einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedürfte. Vor allem würde eine formelle Präklusion kaum in das System der VO 17 passen, wonach die Beteiligten und Betroffenen grundsätzlich nicht über den

81) v. 3.3.1959, BGBl. II S. 1205

82) bzw. Klage auf Leistung eines "symbolischen Schadensersatzes", vgl. Wohlfarth, Art. 178 N. 2

83) zu dem ähnlichen Fall des Art. 20; Deringer Art. 20 N. 11

84) GRUR-AIT 1962, 283 ff 285/86, sowie Komm., Art. 2 N. 13 und Art. 19 N. 25

Gegenstand des Verfahrens verfügen können. Art. 2 erlaubt zwar, allein auf Grund der von den Beteiligten vorgetragenen Tatsachen zu entscheiden, doch ist die Kommission dazu nicht verpflichtet. Die Kommission kann auch von Amts wegen einschreiten und ermitteln (s.o. C 1 a). Zu bedenken ist ferner, daß der Antragsteller nach Art. 3 II die "Abstellung" einer gegenwärtigen Zuwiderhandlung erstrebt, deren Auswirkung er im Zeitpunkt der Veröffentlichung nach Art. 19 III oft nicht überschauen kann, so daß schwer zu klären wäre, welche Einwände ihm damals schon bekannt waren. Schließlich scheitert die Annahme einer Ausschlußwirkung am Wortlaut des Art. 2 VO 17, der die Bindung der Kommission auf die ihr im Zeitpunkt der Entscheidung (gleichgültig aus welcher Quelle) "bekannten" Tatsachen beschränkt.

Deshalb hält Deringer ⁸⁴⁾ Art. 19 III für "nicht mehr recht begründet", während die entsprechende Vorschrift (Art. 15 II) des Parlamentsentwurfs wegen der darin vorgesehenen Bindungswirkung des Attests (Art. 1 A i. V. m. 7) nötig gewesen sei. Dem läßt sich einmal entgegenhalten, daß die Bindungswirkung nach Art. 1 A zwar stärker war, aber ebenfalls auf den bekannten Sachverhalt beschränkt gewesen wäre, zum andern, daß Art. 19 III auch angesichts Art. 2 VO 17 insofern sinnvoll ist, als einige Verfahren nach Art. 3 eingespart werden und eine gewisse Vermutung des Inhalts entsteht, daß der bekannte Sachverhalt im wesentlichen vollständig ist (insbesondere, daß niemand ernstlich von dem Kartell betroffen wird) ⁸⁷⁾. Dem Antragsteller nach Art. 3 II b wird im übrigen die Darlegung eines berechtigten Interesses schwerer fallen, wenn feststeht, daß er von der Veröffentlichung des Antrags Kenntnis hatte.

E. Die Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen (Art. 10 Abs. 3 bis 6 VO 17).

1) Der Zeitpunkt der Anhörung ist bereits oben (D 1 und 4 a) bestimmt worden. Danach ist der Ausschuß zu konsultieren, nachdem die Ermittlungen abgeschlossen und etwaige Bemerkungen nach Art. 19 III mitgeteilt und geprüft worden sind.

Die Anhörung muß nach Art. 10 III, I "vor jeder Entscheidung, die ein Verfahren (zur Erteilung eines Negativattests) ... abschließt", stattfinden, d. h. so-

85) Art. 19 VO 17 N. 4

86) ebenso Ryziger, *Gaz. Pal.* 1964, *Doctr.*, 95 ff 99

87) vgl. Nicolaysen zum Fall *Grosfillex-Fillistorf* (Abl. 915/64), *NJW* 1964, 2338 ff Nr. 3 a)

wohl vor Erteilung als auch vor Verweigerung des Attests, dagegen nicht vor Zurückweisung des Antrags als unzulässig (s. u. II B 1 u. § 7 I F).

2) Der Ausschuß setzt sich aus je einem für Kartell- und Monopolfragen zuständigen Beamten der Mitgliedstaaten zusammen (Art. 10 IV). Lädt die Kommission die Mitglieder zu der nicht öffentlichen gemeinsamen Sitzung, so hat sie eine Darstellung des Sachverhalts unter Angabe der wichtigsten Urkunden, sowie einen "vorläufigen Entscheidungsvorschlag" beizufügen. Der Beschleunigung des Verfahrens dient es, daß die Kommission nur eine Mindestladungsfrist von 14 Tagen einhalten muß (V 1) und der Ausschuß bei Abgabe seiner Stellungnahme nicht vollzählig zu sein braucht (VI 1). Das Ergebnis des Anhörungsverfahrens ist schriftlich niederzulegen; es wird dem Entscheidungsvorschlag der Kommission beigelegt, aber nicht veröffentlicht (VI 2 - 3).

II. Die Entscheidung der Kommission nach Art. 2 VO 17

A. Voraussetzungen einer sachlichen Entscheidung

1) Ein nicht den oben (I A 1) genannten Formerfordernissen entsprechender Antrag kann ohne nähere sachliche Prüfung als nicht ordnungsgemäß, d. h. als unzulässig zurückgewiesen werden ⁸⁸⁾.

2) Das Negativattest kann nach Art. 2 VO 17 i. V. m. Art. 1 VO 27 nur auf Antrag eines der Beteiligten erteilt werden. Ist lediglich zweifelhaft, ob ein selbständiges "Unternehmen" vorliegt, so sollte es zur Begründung der Zulässigkeit einer Sachentscheidung ausreichen, wenn eine beschränkte Schlüssigkeitsprüfung des Antrags ergibt, daß der Antragsteller wahrscheinlich ein Unternehmen (oder eine Unternehmensvereinigung) ist ⁸⁹⁾.

88) Auch Deringer (Art. 2 N. 5) denkt wohl an eine Abweisung als unzulässig, wenn er meint, bei Fehlen oder Unvollständigkeit der in der VO 27 geforderten Angaben fehle das "Rechtsschutzinteresse" für die Feststellung.

89) s. dazu oben I A 2 a

Die Vertretungsbefugnis dessen, der für andere den Antrag unterzeichnet hat, muß nachgewiesen sein; Art. 1 II, 3 VO 27.

3) Internationale Zuständigkeit der Kommission

Es wurde bereits erwähnt, daß die Art. 85 und 86 auch auf solche in Gebieten außerhalb des Gemeinsamen Marktes (Art. 227 d. V.) veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen angewendet werden wollen, die sich innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirken⁹⁰⁾. Damit stellt sich die Frage, ob die Kommission in Fällen mit Auslandsberührung ein Verwaltungsverfahren nach der VO 17 führen darf. Wie die eingehenden Untersuchungen von I. Schwartz⁹¹⁾ und Rehbinders⁹²⁾ ergeben haben, können nämlich Verwaltungsbehörden und Gerichte über internationale Kartelle nur sachlich entscheiden, wenn sie neben sachlicher und örtlicher Zuständigkeit auch "Jurisdiktion" und "internationale Zuständigkeit" besitzen. Daher ist auch für das Verfahren nach der VO 17 zu fordern, daß der Kommission einmal die "behördliche Jurisdiktion" zukommt, die für den staatlichen Bereich definiert wird als

"die aus der staatlichen Souveränität fließende, durch den Staat seinen Behörden durch Gesetz jeweils generell verliehene Entscheidungsbefugnis",

die an der Staatsgrenze endet⁹³⁾. In dem vom EWG-Vertrag erfaßten sachlichen Bereich - zu dem der Schutz des "Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes" und des "Handels zwischen Mitgliedstaaten" gehört - hat die EWG als insoweit souveränes Völkerrechtssubjekt das Recht, der Kommission die allgemeine behördliche Entscheidungsbefugnis zu übertragen. Dies ist in den Art. 87, 89 d. V. und der VO 17 geschehen.

Die weiterhin erforderliche "internationale behördliche Zuständigkeit" bedeutet (93)

"die grundsätzlich jedem Staat selbst überlassene, aber unter Rücksichtnahme auf fremde Staaten vorzunehmende Regelung der Frage, in welchen Fällen mit Auslandsbeziehungen die als bestehend vorausgesetzte behördliche Jurisdiktion ausgeübt werden darf"; sie ist "Verteilung von Rechtssachen mit Auslandsbeziehungen unter die (Behörden) verschiedener Staaten" und bedarf der Begründung im Einzelfall, d. h. des Nachweises einer ausreichend engen Beziehung der Sache zum Inland.

90) dazu eingehend Hug, Kartelle und Monopole II 603 ff 613 f

91) aaO § 7 I, VI, IV = S. 137 f, 150 f, 158 f

92) S. 304 ff

93) Schwartz S. 137 - 139 m. Nachw., 150/51; Rehbinders S. 304 - 307, 330

Da das Kartellrecht der EWG wie § 98 II GWB hierbei das sog. "Auswirkungsprinzip" zu Grunde legt (90) und keine positive Regelung der verfahrensrechtlichen internationalen Zuständigkeit enthält, ist letztere grundsätzlich dann zu bejahen, wenn nach internationalem Kartellverwaltungsrecht und Kartellstrafrecht die Art. 85 und 86 sachlich anwendbar sind⁹⁴⁾. Das Auswirkungsprinzip als solches, das an der Verletzung des Wettbewerbs als inländischem Rechtsgut ausgerichtet ist, steht im Einklang mit den Grundsätzen der völkerrechtlichen Abgrenzung der einzelstaatlichen Befugnisse⁹⁵⁾. Zweifelhafte ist allerdings, ob sich die "Jurisdiktion" nach den Regeln der internationalen Zuständigkeit sinnvollerweise auch auf diejenigen von den Sachnormen Art. 85, 86; § 98 II GWB) erfaßten Sachverhalte erstreckt, in denen ein geordnetes Verfahren nicht stattfinden kann, weil die Sachnormen wegen völkerrechtlicher Schranken⁹⁶⁾ gegen die beteiligten Personen nicht durchsetzbar sind⁹⁷⁾.

An dieser Stelle kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die internationale Zuständigkeit der Kartellbehörde für ein Verwaltungsverfahren von einer sachlichen und daneben einer persönlich-örtlichen Inlandsbeziehung des Ausländers abhängig ist⁹⁸⁾. Im Verfahren nach Art. 2 VO 17 unterwirft sich das antragstellende Unternehmen durch seinen Antrag der "behördlichen Jurisdiktion" der Kommission. Es begehrt gerade deren Ausübung, obwohl es einem Nichtmitgliedstaat angehört. Zudem wird der einem Drittstaat zugehörige Antragsteller im Gemeinsamen Markt einen Vertreter (vgl. Art. 111, III VO 27) bestellen und damit die etwa erforderliche persönlich-örtliche Beziehung zum Gemeinsamen Markt schaffen⁹⁹⁾. Da nach Art. 11 VO 27 der Antrag eines einzelnen Beteiligten genügt, kann die Kommission also ein Verfahren nach Art. 2 VO 17 auch dann einleiten, wenn die Absprache von nicht in der EWG ansässigen Angehörigen dritter Staaten in einem Nichtmitgliedstaat geschlossen und ausgeführt wird. Außerdem setzt die internationale Zuständigkeit für das Negativattestverfahren keine tatsächliche sachlich-örtliche Auswirkung im Gemeinsamen Markt voraus: gerade diese Frage soll ja u. U. im Verfahren erst geklärt werden.

94) I. Schwartz S. 153; Hug aaO (90) S. 632; Rehbinders S. 334

95) Hug aaO (90) S. 619

96) vor allem wegen des Grundsatzes der Territorialität des öffentlichen Kartellrechts (vgl. dazu Hug aaO (90) S. 631/32 sowie I. Schwartz § 10, S. 246 ff u. im einzelnen S. 248/49, 270 f; Rehbinders S. 336 ff)

97) vgl. I. Schwartz S. 158 ff; Rehbinders S. 342

98) so I. Schwartz S. 161 - 63; zustimmend wohl Mayer-Wegelin GemKomm § 98 N. 14 b) cc)

99) vgl. I. Schwartz S. 162 (b)

4) Sachliche Zuständigkeit

Nach den Art. 1 und 2 VO 17 entscheidet die Kommission nur über Sachverhalte der in Art. 85 I und 86 bezeichneten Art. Die Grenzen des sachlichen Anwendungsbereichs der Art. 85 ff und der VO 17 sind oben in § 4 dargestellt worden. Nunmehr fragt es sich, wie die Kommission zu verfahren hat, wenn aus dem Antrag oder aus dem Ermittlungsergebnis hervorgeht, daß der Sachverhalt unter eine der genannten Ausnahmen fällt.

Allgemein sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

Die Antragsteller möchten Klarheit darüber, ob der unterbreitete Sachverhalt gegen die Verbote der Art. 85 I oder 86 verstößt. In Grenzfällen kann dafür aber gerade die Frage ausschlaggebend sein, ob der Sachverhalt in einen Ausnahmebereich fällt. Eine Klärung strittiger Grenzfragen wäre auch im Interesse der Fortbildung des EWG-Kartellrechts.

Andererseits muß die Kommission zu ihrer Entlastung in der Lage sein, einen Antrag bei offensichtlicher sachlicher Unzuständigkeit als unzulässig zurückzuweisen, ohne das zeitraubende Verfahren der Art. 10 u. 21 VO 17 einhalten zu müssen.

a) Praktisch selten vorkommen dürfte der Fall, daß ein Monrnanunternehmen i. S. d. Art. 80 EGKS-Vertrag einen Antrag stellt. Unter Art. 85 I und die VO 17 fallen z. B. Absprachen zwischen Unternehmen oder Organisationen, die gewerbsmäßig Kohle an Haushaltungen oder an Kleingewerbetreibende verkaufen (vgl. Art. 80 a. E.), über einheitliche Gewinnspannen. Kommt die Kommission dagegen zu dem Schluß, daß eine umfangreichere "Vertriebstatigkeit" i. S. d. Art. 80 vorliegt, so wäre eine Feststellung nach Art. 2 VO 17 zwar sachlich richtig, aber unzulässig. Die Kommission wird also - in Zweifelsfällen wahrscheinlich nicht ohne Einvernehmen mit der Hohen Behörde - den Antrag mit der Begründung zurückweisen, nach Art. 232 I EWG-Vertrag i. V. m. Art. 80, 65 EGKS-Vertrag sei die Hohe Behörde ausschließlich zuständig, den unterbreiteten Sachverhalt kartellrechtlich zu würdigen.

Da es die Kommission in diesem Fall ablehnt, ein Verfahren nach Art. 2 VO 17 "einzuleiten", bedarf es zu dieser Entscheidung m. E. keiner Einschaltung der nationalen Behörden nach Art. 10 I - II oder einer Anhörung nach Art. 10 III VO 17.

b) Entsprechendes gilt für Absprachen, die möglicherweise den "Handel zwischen Mitgliedstaaten" mit "Erzen, Ausgangsstoffen, und besonderen spaltbaren Stoffen" i. S. d. Art. 197 Euratom-Vertrag beeinträchtigen. Nach Art. 232 II EWG-Vertrag i. V. m. Art. 52 Euratom-Vertrag ist auf diesem Gebiet der freie

Wettbewerb ausgeschlossen. Etwaige Verstöße gegen die Regeln über das "Preisgebaren" (Art. 68) sind durch die Agentur und die Euratom-Kommission festzustellen. Zweifel über die Zuständigkeit werden wohl kaum auftauchen, da Art. 52 allein auf die gem. Art. 197 Euratom-V definierten oder zu definierenden Stoffe abstellt.

In den Fällen zu a) und b) würde die geplante Fusion der Exekutiven der drei Gemeinschaften¹⁰⁰⁾ eine Vereinfachung bedeuten, weil es keiner besonderen Verweisung des Antragstellers an eine andere Behörde durch Entscheidung bedürfte. Vielmehr könnte ein Antrag nach Art. 2 VO 17 z.B. in einen Antrag auf Entscheidung nach Art. 65 § 4 II EGKS-Vertrag umgedeutet werden. Bei der gegenwärtigen Rechtslage ist es nicht ausgeschlossen, daß - z.B. in Fällen des Art. 80 EGKS-V - ein "negativer Kompetenzkonflikt" entsteht, indem die Höhere Behörde ihrerseits ihre Zuständigkeit verneint.

c) Aus dem oben (§ 4 II 3) über den Markt der landwirtschaftlichen Erzeugnisse Gesagten folgt:

Ohne Einschränkung zulässig ist die Entscheidung über einen Antrag nach Art. 2 VO 17, Art. 86 (vgl. Art. 4 V VO 27); denn Art. 2 VO 26 nimmt von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der VO 17 auf Agrarprodukte lediglich gewisse Gruppen von Absprachen i. S. d. Art. 85 aus.

Zur Feststellung, ob die in Art. 2 VO 26 normierte "Legalausnahme"¹⁰¹⁾ vorliegt, ist ausschließlich die Kommission berufen. Hierzu bedarf es nicht einmal des Antrags eines Beteiligten, weil die Kommission diese Feststellung auch von Amts wegen und auf Antrag der zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats treffen kann.

Wird also ein Antrag mit Formblatt A bei der Kommission bewirkt, so prüft diese zunächst, aus welchen Gründen der Antragsteller nicht unter Art. 85 I zu fallen glaubt. Beruft er sich - was die Regel sein wird - darauf, daß die Absprache - wesentlicher Bestandteil einer nationalen (hoheitlichen¹⁰²⁾) Marktordnung oder

- zur Verwirklichung der Ziele des Art. 39 d. V. (Gemeinsame Agrarpolitik) notwendig sei,

dann handelt es sich der Sache nach um einen Antrag nach Art. 2 III VO 26. Es bestehen keine Bedenken, den in der Form des Art. 2 VO 17 gestellten Antrag dahin umzudeuten. Die Kommission braucht sodann lediglich das Verfahren

100) s. Vertrag vom 8. 4. 1965 und dazu 8. Gesamtbericht Nr. 1 (S. 23 ff); Baron von Stempel, Ophüls-Festschrift S. 229 ff 232

101) Gleiss/Hirsch, VO 26 Art. 2 N. 10; Deringer, Art. 87 N. 35 und VO 26 N. 14; a. M. Spengler, GemKomm II N. 53

102) Gleiss/Hirsch, VO 26 Art. 2 N. 1; Deringer, VO 26 N. 17 - 21

nach Art. 2 II VO 26 einzuhalten. Die Veröffentlichung des Antrags gem. Art. 19 III VO 17 und die Anhörung des Beratenden Ausschusses nach Art. 10 VO 17 ist nicht erforderlich. Andererseits kann auch im Verfahren nach der VO 26 nach den Art. 11 - 14 VO 17 ermitteln. Diese Befugnis ist ihr vom Rat allgemein "zur Erfüllung der ihr in Art. 89 und in Vorschriften nach Art. 87 d. V. übertragenen Aufgaben" eingeräumt worden. Es liegt im Rahmen dieser Aufgabe, wenn die Kommission durch Ermittlungen zu klären versucht, ob die nach Art. 1 VO 26 grundsätzlich anwendbaren Art. 85 - 90 ausnahmsweise ausgeschlossen sind.

d) Die VO Nr. 141 des Rats über den Verkehr (s. o. § 4 II d) ist insofern eindeutig, als sie in Art. 1 ausdrücklich die VO Nr. 17, d. h. auch die Zulässigkeit einer sachlichen Entscheidung über einen Antrag auf Negativattest¹⁰³⁾ ausschließt. Wird in einem Antrag nach Art. 2 VO 17 vorgetragen, daß die Beteiligten - ohne sonst gegen die Art. 85 I, 86 zu verstoßen -

- Beförderungsentgelte und -bedingungen festsetzen,
- das Angebot von Verkehrsleistungen beschränken und überwachen,
- die Verkehrsmärkte aufteilen, oder
- eine beherrschende Stellung auf dem Verkehrsmarkt innehaben,

so kann die Kommission den Antrag ohne Einschaltung der nationalen Behörden (Art. 10) als unzulässig zurückweisen. Denn Art. 89 als einzige auf den Verkehr anwendbare verfahrensrechtliche Grundlage sieht lediglich eine förmliche (positive) Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Art. 85, 86 vor.

e) Mit Bezug auf die öffentlichen und beliebigen Unternehmen i. S. v. Art. 90 EWG-Vertrag ist oben¹⁰⁴⁾ bereits erläutert worden, warum diese Wirtschaftseinheiten begrifflich als Unternehmen i. S. d. VO 27 zu behandeln sind. Es hatte sich ferner¹⁰⁵⁾ ergeben, daß Unternehmen i. S. d. Art. 90 I auch sachlich prinzipiell unter die VO 17 fallen. Jedenfalls wird die Kommission einen von solchen Unternehmen gestellten Antrag zulassen¹⁰⁶⁾.

Schließlich war¹⁰⁷⁾ offen geblieben, ob sich aus Art. 90 II außer einer Ausnahme von den Art. 85, 86 auch die Unanwendbarkeit der VO 17 auf diese Unternehmen ergibt. Hierzu sei bemerkt; die Verfahrensvorschriften der VO 17 sollen vor allem für eine "ausgewogene Anwendung der Art. 85, 86 in einheitlicher Weise in den Mitgliedstaaten" sorgen¹⁰⁸⁾. Gerade das Institut des Nega-

103) Deringer, Art. 87 N. 33 c

104) § 6 I A 2 a

105) oben § 4 III 1

106) Merkblatt 1. Teil V

107) oben § 4 III 2

108) vgl. die 1. Erwägung des Rats zur VO

tivattests soll dazu beitragen, strittige Rechtsfragen in Entscheidungen zu klären, die veröffentlicht werden. Ein besonders umstrittenes Gebiet stellen aber gerade die Unternehmen i. S. d. Art. 90 II dar. Danach werden diese im "allgemeinen wirtschaftlichen Interessen" zwar häufig von den sachlichen Wettbewerbsregeln ausgenommen sein. Wann dies der Fall ist, sollte jedoch auf ihren Antrag in einem geregelten Verfahren festzustellen sein, Art. 90 III, wonach die Kommission "erforderlichenfalls geeignete Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten" richten kann, steht m.E. nicht entgegen¹⁰⁹⁾. Diese Vorschrift ist, jedenfalls im nunmehr fortgeschrittenen Stadium der Integration, für sich allein zu unvollkommen, weil sie es den Unternehmen nicht ermöglicht, Rechtssicherheit zu erlangen. Auch soweit die Kommission "einschreiten" will, bedarf Abs. 3 der Ergänzung zumindest durch Art. 89. Sonach kommt Art. 90 III nur eine unterstützende Rolle zu. Anträge von Unternehmen i. S. d. Art. 90 II auf Negativattest sind zulässig.

5) Ist der in einem Antrag nach Art. 2 VO 17 unterbreitete Sachverhalt bereits Gegenstand eines nach Art. 88 EWG-V eingeleiteten Verfahrens der nationalen Kartellbehörde, so ist die Kommission nicht gehindert, sachlich zu entscheiden. Die Behörden der Mitgliedstaaten bleiben nur zuständig, Art. 85 I und 86 anzuwenden, solange die Kommission kein Verfahren nach Art. 2 VO 17 eingeleitet hat; Art. 9 III VO 17. Es fragt sich jedoch, ob die Kommission einen Antrag nach Art. 2 als unzulässig zurückweisen kann, weil

a) derselbe Sachverhalt bereits Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 4 (Art. 85 III) oder

b) nach Art. 3 VO 17 ist.

Zu a) ist die Frage zu verneinen, wie Abschnitt IV des Formblatts B (dazu oben I A 4 b) zeigt.

Zu b) ergibt sich, daß in beiden Verfahren die Beteiligten gem. Art. 19 I und die Beschwerdeführer gem. Art. 19 II 2 anzuhören sind. Ein Unterschied liegt darin, daß nach Art. 19 III vor Erteilung eines Negativattests, nicht aber vor Ablehnung der Beschwerde der wesentliche Inhalt des Antrags zu veröffentlichen ist. Auch ist das Negativattest eine an die antragstellenden Beteiligten zu richtende Entscheidung. Dies verleiht dem Attest eine für die beteiligten Unternehmen stärkere Position als die bloße Abweisung einer Einzelbeschwerde. Daher sollte der Antrag zulässig sein.

¹⁰⁹⁾ a. M. Spengler, GemKomm II N. 70

6 a) Ein besonderes Interesse des Antragstellers muß nicht dargelegt werden ¹¹⁰⁾. Es liegt darin, daß er an einem Zusammenwirken "beteiligt" ist ¹¹¹⁾, das möglicherweise unter Art. 85 I oder 86 fällt. Man kann sich freilich fragen, ob ein Antrag zulässig ist, der ein ausschließlich vor dem Inkrafttreten der VO 17 liegendes Verhalten betrifft, das z. B. nunmehr Gegenstand eines Zivilrechtsstreits ist. Nach dem Grundsatz "nulla poena sine lege" kann die Kommission deswegen kein Bußgeld nach Art. 15 VO 17 verhängen ¹¹²⁾. Da die mögliche Zuwiderhandlung nicht andauert, kommt auch keine Abstellung nach Art. 89 d. V. oder Art. 3, 16 VO 17 in Betracht. Dies spricht gegen die Zulässigkeit des Antrags.

Betrifft der Antrag ein Verhalten, das nach dem 13. 3. 1962 liegt, jetzt aber nicht mehr andauert, so ist das "Rechtsschutzbedürfnis" schon deshalb zu bejahen, weil ein Bußgeld nach Art. 15 II auch für zurückliegende Verstöße festgesetzt werden kann.

b) Die Kommission erklärt am Ende ihrer "Bekanntmachung über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern" vom Dezember 1962 ¹¹³⁾:

"Die Bekanntmachung bezweckt, den Unternehmen Hinweise auf Überlegungen zu geben, von denen sich die Kommission bei der Auslegung des Art. 85 Abs. 1 d. V. und seiner Anwendung auf Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern leiten lassen wird. Mit dieser Klarstellung wird regelmäßig das Interesse an der Erlangung eines Negativattests für die genannten Vereinbarungen entfallen und darüber hinaus auch kein Bedürfnis nach Klärung der Rechtslage durch eine Einzelentscheidung der Kommission mehr bestehen; insoweit ist auch der Anlaß zur Anmeldung derartiger Verträge beseitigt. Der Auffassung anderer Behörden, insbesondere der Gerichte, kann durch diese Bekanntmachung nicht vorgegriffen werden."

Die entsprechenden Sätze kehren in Abschnitt III der gleichzeitig veröffentlichten "Bekanntmachung über Patentlizenzenverträge" ¹¹⁴⁾ wieder. Es fragt sich, ob die Kommission einen Antrag als unzulässig zurückweisen kann mit der Begründung, das "Interesse des Antragstellers an der Erlangung eines Negativattests" sei infolge der Bekanntmachung entfallen. Hiergegen bestehen Bedenken. Die

110) vgl. Art. 3 II b VO 17; s. a. o. FN 88

111) s. o. § 6 I. A. 2 b

112) vgl. Schumacher, Aussprache 1962, 37; Weyer, DB 1962, 325; Schlieder, BB 1962, 307; Deringer, GRUR-AIT 1962, 289

113) ABl. Nr. 139 v. 24. 12. 1962, S. 2921/62

114) ABl. S. 2922/62

Bekanntmachung gibt lediglich "Hinweise" auf die wahrscheinliche Auslegung. Es handelt sich um eine weder im EWG-Vertrag noch in der VO 17 geregelte "interpretierende Erklärung" 115). Damit kann dem Antragsteller jedoch nicht das durch Art. 2 eingeräumte formelle Recht genommen werden, zu seinem individuellen Fall ein Negativattest zu beantragen. Eine interpretierende Erklärung kann - schon weil sie nicht unter Art. 19 II VO 17 fällt - nicht soviel Rechtssicherheit schaffen wie ein auf die Besonderheiten des Einzelfalles abgestelltes, nach Stellungnahme der nationalen Kartellbehörden und betroffener Dritter ergehendes Negativattest. Im übrigen ist aus der zitierten Formulierung nicht zu schließen, daß die Kommission anderer Ansicht ist. Sie möchte anscheinend nur darauf hinweisen, daß nach der Bekanntmachung "regelmäßig" das tatsächliche Interesse, nicht das Rechtsschutzinteresse im technischen Sinn, entfallen wird. Einen weiteren Hinweis bietet die zweite Bekanntmachung über die Anwendung von Art. 85 d. V. auf bestimmte Alleinvertriebsabkommen vom 9. 11. 1962 116). Darin hatte die Kommission erklärt, sie beabsichtige zu verlautbaren, daß sie bei Handelsvertreterverträgen im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 85 wie folgt verfahren wolle: "Ausgenommen bei Vorliegen besonderer Umstände wird Anträgen ... auf Erteilung eines Negativattests für Ausschließlichkeitsverträge, in denen der eine Vertragspartner funktionsmäßig die Aufgaben eines Handelsvertreters ausübt, stattgegeben werden ...". Die Kommission hatte also ausdrücklich vorausgesetzt, daß infolge der Bekanntmachung das rechtliche Interesse an einer Einzelentscheidung nach Art. 2 nicht entfallen würde.

7) Eine sachliche Entscheidung nach Art. 2 VO 17 kann nicht von einem Kostenvorschuß abhängig gemacht werden, da es eine Kostenordnung für das Verfahren auf Grund der VO nicht gibt 117).

B. Mögliche Entscheidungen der Kommission

1) Erachtet die Kommission, daß es an einer der unter A. erörterten Voraussetzungen fehlt, so weist sie den Antrag als unzulässig zurück. Sie trifft damit keine (sachliche) Entscheidung "auf Grund" oder "nach" Art. 2 VO 17 i. S. d.

115) s. dazu Schlochauer, JZ 1963, 105 ff Abschn. V; s. a. u. § 6 II B 3 und § 8 I 4 f

116) ABl. Nr. 113 S. 2628/62

117) vgl. Gleiss/Hirsch Art. 2 N. 11

Art. 21 I. Man könnte sich allenfalls fragen, ob es sich nicht um eine "Entscheidung die ein Verfahren zur Erteilung eines Negativattests abschließt" handelt, vor der gem. Art. 10 III der Ausschluß anzuhören wäre (s. a. u. § 7 I. F. 3). Dies ist jedoch zu verneinen, "Abschließend" ist nur eine Entscheidung, die nach "Einleitung eines Verfahrens" endgültig über die Sache befindet. Eine solche ist nicht zulässig, wenn es schon am ordnungsgemäßen Antrag (1), an der Beteiligtenfähigkeit oder Vollmacht (2), an der Zuständigkeit (4) oder am Rechtsschutzbedürfnis (6 a) fehlt. Auch gebietet der Grundsatz der Prozeßökonomie, daß in diesen Fällen nicht das Verfahren der Art. 10 und 21 einzuhalten ist. Sind die Antragsteller keine Unternehmen (A 2) oder ist die Kommission sachlich nicht zuständig (4), so kommt ein Einschreiten auf Grund der VO 17 ohnehin nicht in Betracht. Wegen der überragenden Bedeutung des rechtlichen Gehörs sind die Antragsteller aber dennoch stets (schriftlich) anzuhören (s. o. D 2 a).

2) Ergibt die Prüfung, daß der Antrag zulässig ist und das unter 1 geschilderte Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde, dann kann die Kommission sachlich entscheiden, d. h. das Negativattest erteilen oder versagen. Beide Akte fallen unter Art. 10 III sowie Art. 19 I, 21 I VO 17.

3) Zulässigkeit von "Gruppen-Negativattesten".

Nach Art. 2 VO 17 kann die Kommission feststellen, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen "eine" Vereinbarung, "einen" Beschluß usw. einzuschreiten. Andererseits können gem. Art. 2 III VO 27 "gemeinsame Anträge" gestellt werden. Nach Abschnitt II. 1. a)/b) des Formblatts A ist der Antrag auch für eine Rahmenvereinbarung oder einen Rahmenbeschluß sowie für einen Mustervertrag zulässig, d. h. für "einen Vertrag, den das ... Unternehmen regelmäßig mit bestimmten Personen oder Personengruppen abschließt".

Gleiss/Hirsch¹¹⁸⁾ meinen, die Kommission könne wie bei Gruppenfreistellungen nach Art. 85 III auch ein "Gruppen-Negativattest" für bestimmte Kategorien oder Typen von Verträgen erteilen. Zwar sei auch dafür ein Antrag nötig, doch könne dieser von einer Unternehmensvereinigung, z. B. einem Fachverband, wenigstens für bestimmte Absprachen seiner Mitglieder gestellt werden. Auch Schlochauer¹¹⁹⁾ hält Gruppen-Negativatteste für zulässig, räumt aber ein, das Erfordernis eines Antrags bedinge eine "nur begrenzte Verwertbarkeit dieser Attestform". Nach Ansicht Deringers¹²⁰⁾ hat diese Frage praktisch "angesichts

118) AWD 1962, 126 u. Komm. Art. 2 N. 7, 8

119) JZ 1963, 108

120) Art. 2 VO 17 N. 16

der in der VO 17 sehr eingeschränkten Wirkung des Negativattests keine große Bedeutung, da die Kommission nicht gehindert ist, in der ihr geeignet erscheinenden Form ihre Rechtsansichten bekanntzugeben" 121).

M. E. bietet Art. 2 VO 17 keine Grundlage, für ganze abstrakt umschriebene Typen oder Kategorien allgemein festzustellen, es bestehe "kein Anlaß einzuschreiten", weil damit so gut wie eine gesetzliche Ausnahme geschaffen würde 122). Dies ist jedoch schon deshalb nicht möglich, weil auf den Antrag nicht verzichtet werden kann. Auch "beteiligt" kann ein Unternehmen nur an konkreten Wettbewerbsbeschränkungen sein. Soweit Gleiss, Hirsch meinen, ein Fachverband dürfe den Antrag für bestimmte Verträge seiner Mitglieder stellen, so wäre zu unterscheiden, ob ein solcher Antrag einen - schon nach dem Wortlaut des Art. 2 attestfähigen - "Beschluß einer Unternehmensvereinigung" oder "eine unbestimmte Vielzahl von Vereinbarungen der mehreren Mitgliedsunternehmen" betrifft. In letzterem Fall bestehen Bedenken; auch wenn der Verband - z. B. auf Grund der Satzung - zur Antragstellung und Vertretung aller Mitglieder befugt ist, fehlt es doch an den notwendigen individuellen Tatsachen, die dem einzelnen Vertrag erst sein typisches Gepräge geben können. Zulässig sollte es höchstens sein, mehrere Verträge eines bestimmten Typs, die ein stets daran beteiligtes Unternehmen (z. B. ein die Wiederverkaufspreise bindender Hersteller oder ein Monopolunternehmen) abschließt, durch eine Entscheidung nach Art. 2 VO 17 für unbedenklich zu erklären.

Der Klärung grundsätzlicher Auslegungsfragen zu Art. 85, 86 dienen aber praktisch ebensogut Entscheidungen typischer Einzelfälle und "interpretierende Erklärungen" (s. o. A 6).

4) Nebenbestimmungen

Auf Grund von Art. 8 I VO 17 ist die Erklärung nach Art. 85 III d. V.

- a) für eine bestimmte Zeit abzugeben;
- b) sie kann mit Bedingungen und
- c) Auflagen verbunden werden,

Die entsprechende Vorschrift fehlt für das Negativattest. Deringer 123) folgert daraus, daß es nicht mit Nebenbestimmungen verbunden werden könne. Schlochauer 124) scheint eine Befristung für möglich zu halten, wenn er von Anträgen nach

121) s. dazu a. Schlochauer aaO (119) unter V

122) zu der entsprechenden Problematik bei Art. 85 III vgl. Bernini, J. T. 1963, 345 ff. 347/48

123) Art. 2 VO 17 N. 15

124) JZ 1963 105 ff., IV a. E. (S. 109)

Art. 2 VO 17 auf eine "zumindest vorübergehende" Ausnahme vom Verbot des Art. 85 I spricht.

a) Eine Befristung wäre z.B. in der Form denkbar, daß die Kommission erklärt, "während der zweiten Stufe des Gemeinsamen Marktes" bestehe kein Anlaß einzuschreiten. Hiergegen läßt sich m.E. nicht einwenden, die Kommission erkläre ohnehin nur, daß nach den "ihr bekannten Tatsachen" kein Anlaß zum Einschreiten bestehe. Die Tatsache des Fortschreitens der Integration nach dem Stufenplan des Art. 8 EWG-Vertrag ist der Kommission schon im Zeitpunkt ihrer Entscheidung bekannt. Es dient daher der Rechtssicherheit, wenn sie die Antragsteller schon jetzt darauf hinweist, daß in absehbarer Zeit wahrscheinlich eine andere Beurteilung am Platze ist.

Im übrigen aber besteht für eine solche Absicherung der Kommission durch Befristung kein Bedürfnis. Die Entscheidung ergeht ausdrücklich "nach den der Kommission im Zeitpunkt der Entscheidung bekannten Tatsachen", so daß ein zusätzlicher Vorbehalt nicht erforderlich ist. Während die erlaubnisähnliche Erklärung nach Art. 85 II notwendig "für eine bestimmte Zeit abzugeben ist", wäre eine Befristung des Negativattests - abgesehen von dem genannten Ausnahmefall des genau vorhersehbaren Übergangs in eine neue Stufe - kaum mit dem Wesen dieser feststellenden Erklärung zu vereinbaren. Auch dürfte es der Kommission unmöglich sein, exakt vorauszusagen, wann Anlaß zum Einschreiten bestehen wird.

b) Auch Bedingungen und Auflagen passen schlecht zu einer bloßen Feststellung. Sie wären nur in Fällen angezeigt, in denen "Beschwerdepunkte" vorliegen, ohne deren Beseitigung die Kommission die Unbedenklichkeit nicht feststellen will. Diese Punkte teilt die Kommission den Antragstellern schon nach Art. 19 I VO 17 mit. Während sich eine Befristung noch auf die Worte "nach den ihr bekannten Tatsachen" stützen ließe, müßte jedenfalls für Auflagen - die ihrem Wesen nach selbständig erzwingbare Anordnungen darstellen (vgl. Art. 15 II b VO 17) - eine besondere gesetzliche Grundlage bestehen. Ein bedingtes Negativattest hätte wenig Sinn. In mancher Ablehnung eines Negativattests oder einer Freistellungserklärung und in vielen Empfehlungen nach Art. 3 III VO 17¹²⁵⁾ liegt nämlich die Feststellung, daß kein Anlaß bestehe, wenn gewisse Bedingungen erfüllt wären, z.B. eine Vertragsklausel fortfielen.

125) letztere bzw. die Verpflichtungsentscheidung werden wohl meist mit der Ablehnung zu verbinden sein - vgl. z.B. die Empfehlung v. 24. 7. 1963 ("Faience"), WuW 1964, 54 = WuW/E EV 60 ff 67 = Bulletin der EWG Nr. 5/1964 S. 53

Anders ist es wiederum bei der Erklärung nach Art. 85 III, bei deren Erteilung die Kommission nicht nur subsumiert, sondern im wesentlichen eine konstitutive Freistellung vornimmt, die Elemente einer Willensentscheidung hat. Schließlich ist ein formeller Widerrufsvorbehalt zum Negativattest in der VO 17 weder vorgesehen noch angesichts des im Art. 2 ohnehin enthaltenen Vorbehalts erforderlich.

C. Voraussetzungen für die Erteilung eines Negativattests

1) Nach Art. 2 VO 17 "kann" die Kommission ein Negativattest erteilen, wenn

"nach den ihr (im Zeitpunkt der Entscheidung) bekannten Tatsachen

für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung ... auf Grund von Art. 85 Abs. 1 oder von Art. 86 des Vertrages einzuschreiten."

Diese Vorschrift ist einmal, da es vor Inkrafttreten der VO kein Negativattest gab, eine Ermächtigungsnorm: die Kommission, und allein sie, "kann" das Attest erteilen¹²⁶⁾. Zuerst fragt es sich, unter welchen sachlichen Voraussetzungen die Kommission - nachdem sie die oben unter 3. dargestellten formalen Voraussetzungen bejaht hat - das Negativattest erteilen "darf", d. h. unter welchen sachlichen Voraussetzungen die materielle Entscheidung der Kommission "richtig", von der Ermächtigung des Art. 2 gedeckt, nicht "ermessensmißbräuchlich" (Art. 173 d. V.) ist.

Die Frage muß demgemäß zunächst lauten:

Wann besteht für die Kommission kein Anlaß einzuschreiten? Denn das Fehlen eines Anlasses zum Einschreiten ist nach Art. 2 einzige sachliche Voraussetzung der Erteilung.

2) Vertretene Meinungen

Die Kommission hatte in ihrem Fünften Gesamtbericht vom Juni 1962¹²⁷⁾ erklärt, ein Negativattest könne für Absprachen und Verhaltensweisen erteilt werden,

"die tatbestandsmäßig nicht die Voraussetzungen dieser Verbotsvorschriften erfüllen".

126) vgl. Deringer Art. 2 N. 14; zur Frage, ob es einen Rechtsanspruch auf Erteilung gibt, s. u. 6)

127) Nr. 47 S. 79

Der Abgeordnete Deringer führte daraufhin in seiner schriftlichen Anfrage Nr. 61 an die Kommission vom 28. 6. 1962 ¹²⁸⁾ aus: der Wortlaut des Art. 1 I VO 27 lasse, i. V. m. der Formulierung des Art. 2 VO 17, die Auslegung zu, daß die Kommission ein Negativattest auch dann erteilen kann,

"wenn ein Sachverhalt zwar unter Art. 85 I oder 86 fällt, sie aber wegen der geringen Bedeutung dieses Sachverhalts auf ein Einschreiten verzichtet (Opportunitätsprinzip)".

Er frage deshalb, ob diese Auslegung richtig sei.

In ihrer Antwort vom 1. 8. 1962 ¹²⁹⁾ erklärte die Kommission: das Negativattest sei "nicht gleichbedeutend mit einer Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit des Art. 85 Abs. I oder des Art. 86". Vielmehr handele es sich "lediglich um die Feststellung,

daß für die Kommission kein Anlaß zu einem Einschreiten von Amts wegen besteht".

Art. 2 VO 17 bezwecke also, den antragstellenden Unternehmen Gewißheit darüber zu verschaffen, wie die Kommission den ihr bekannten Sachverhalt "im Hinblick auf ein Einschreiten von Amts wegen nach Art. 3 Abs. 1 der VO Nr. 17" beurteile. Die Frage Deringers, ob das Attest auch in Anwendung des Opportunitätsprinzips erteilt werden könne, ist damit offen geblieben ¹³⁰⁾. Wie Droste ¹³¹⁾ mitgeteilt hat, soll die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission ein solches Attest für "nicht ausgeschlossen" halten. Droste meint unter Hinweis auf § 81 II GWB a. F., ein Negativattest werde in diesem Falle lediglich besagen, "daß an der Verfolgung der Abrede kein öffentliches Interesse besteht".

Im Schrifttum hat sich dazu noch keine überwiegende Meinung herausgebildet. Nach Schlieder ¹³²⁾ verschafft das Negativattest als amtliche Bestätigung den Beteiligten bei vollständiger Unterbreitung des Sachverhalts ausreichende Klarheit darüber, "ob ihr Verhalten verboten ist oder nicht". Gleiss/Hirsch meinen zwar einerseits ¹³³⁾, daß die Erklärung nach Art. 2 "voraussetze",

daß die Vereinbarungen nicht gegen Art. 85 Abs. 1 bzw. Art. 86 verstoßen;

dies werde durch Abschn. IV des Formblatts A bestätigt.

128) ABl. Nr. 76 v. 24. 8. 1962, S. 2135/62

129) aaO (128) S. 2136 Nr. 1

130) Deringer, Art. 2 N. 4

131) NJW 1962, 1937 ff 1942 I.

132) BB 1962, 308

133) Art. 2 N. 1

Andererseits¹³⁴⁾ folgern sie aus Art. 15 II VO 17, daß die Verfolgung von Verstößen im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission liege; diese könne daher nach dem Wortlaut des Art. 2 auch dann ein Negativattest erteilen, wenn ein Verstoß vorliege. In diesem Falle liege in dem Attest - ähnlich dem "noie prosequi" des Antitrustrechts der USA¹³⁵⁾ - die Erklärung der Kommission, "daß sie gegen diesen Verstoß nichts unternehmen wolle". Die Verfasser halten demnach die Erteilung aus Gründen der Opportunität für möglich. Nach Schumacher¹³⁶⁾ kann das Negativattest "jedenfalls" dann erteilt werden, "wenn ... keine Vermutung für eine Verletzung der Verbote besteht".

Loussouart, Bredin¹³⁷⁾ wenden sich gegen die Ansicht von Françon¹³⁸⁾, wonach das Negativattest nur für solche Kartelle erteilt werde, die nicht unter Art. 85 I fallen. Auch Franceschini¹³⁹⁾ hat Zweifel gegenüber einer solchen Auslegung geäußert, die zwar im Interesse der juristischen Logik erwünscht, aber wohl nicht mit den dem Art. 2 VO 17 zugrundeliegenden Gesichtspunkten "praktischer Opportunität" zu vereinbaren sei. Pappalardo¹⁴⁰⁾ schließt aus dem Wortlaut des Art. 2, daß die Kommission in weniger schweren Fällen auch verbotenen Kartellen ein Attest erteilen kann, wenn sie es für opportun hält. Eine abschließende Bewertung nach den Art. 85, 86 werde nicht getroffen. Auch nach Schöchauer¹⁴¹⁾ wird mit einem Negativattest "eine verbindliche Entscheidung darüber, ob

der Sachverhalt von den Verbotsnormen des EWG-Vertrages überhaupt nicht erfaßt wird oder

die Kommission nur auf Grund des ihr eingeräumten Handlungsermessens von Maßnahmen absieht, ...

nicht getroffen". Seiner Meinung nach¹⁴²⁾ unterscheidet sich eine auf gewisse Gruppe oder Formen von Kartellen bezogene "interpretierende Erklärung" von einem Negativattest gerade dadurch, daß in ihr

"nicht nur das Fehlen eines Anlasses für das - grundsätzlich im Ermessen der Kommission stehende - Einschreiten, sondern das Nichtvorliegen eines

134) Art. 2 N. 8; vgl. vorher AWD 1962, 126

135) s. u. § 8 I 5 d

136) WuW 1962, 475 ff 481/82

137) Dalloz 1963, I, S. 6 ff 39 FN 18

138) lt. FN 13 in: Les ententes et les monopoles selon le Traité de Rome, Clunet 1962, S. 368 ff

139) Riv. Dir. Commerciale LX (1962) I, S. 429 ff 435

140) Riv. delle Società 1962, 342 ff 350/351

141) JZ 1963 105 ff 108, IV

142) aaO (141) S. 109, V

unter Art. 85 I subsumierbaren Sachverhalts bezeugt wird".

Deringer bezieht in seinem WuW/EWG-Kommentar ¹⁴³⁾ folgenden Standpunkt:
(N. 2:) Fällt der bekannte Sachverhalt nicht unter die Verbote, so ist die Kommission verpflichtet, das Negativattest zu erteilen.

(N. 3:) Das gleiche gilt, falls

sich nach den bekannten Sachverhalt ein Verstoß "nicht mit Sicherheit ausschließen" läßt, jedoch "keine Anhaltspunkte für die Vermutung einer Zuwiderhandlung" bestehen.

(N. 4:) Fällt der bekannte Sachverhalt zwar "vermutlich oder mit Sicherheit" unter Art. 85 I oder 86 und

ist die Zuwiderhandlung "von so geringer Bedeutung, daß die Kommission zu einem Einschreiten von Amts wegen keinen Anlaß sieht",

so ist die Lage zweifelhaft. Deringer möchte nach Abwägung des Für und Wider wohl offen lassen, ob die Kommission das Negativattest auch aus Gründen der Opportunität erteilen kann, zumal "sich der Charakter des Negativattests - ließe man diese Möglichkeit zu - noch weiter von dem entfernen (würde), was ursprünglich damit gewollt war" (s. dazu oben § 5 II. 5). Andererseits bejaht er diese Möglichkeit indirekt, wenn er in N. 5 erklärt, das Attest sei "zu versagen, wenn eine eindeutige Zuwiderhandlung ... vorliegt oder Anhaltspunkte für eine solche ... bestehen,

sofern diese nicht von so geringer Bedeutung ist, daß die Kommission nach pflichtgemäßen Ermessen keinen Anlaß zum Einschreiten von Amts wegen sieht".

Die Kommission verstoße gegen ihre auf Art. 89 d. V. beruhende Verpflichtung, "wenn sie - von Bagatellfällen abgesehen - bei erwiesenen oder vermuteten Zuwiderhandlungen mit bindender Wirkung gegenüber den Beteiligten auf ein Einschreiten verzichten würde." In Fällen von geringer Bedeutung bestehe jedenfalls kein Anspruch auf Erteilung des Attests. "Wird es erteilt, so empfiehlt sich, die in Art. 2 vorgesehene Feststellung im Tenor auf ein Einschreiten von Amts wegen zu beschränken, um einen rechtserheblichen Irrtum der Beteiligten über die Tragweite des Negativattests im Hinblick auf die weiterhin bestehende Möglichkeit zum Einschreiten auf Antrag (Art. 3 Abs. 1 u. 2) auszuschließen" (N. 4 a. E.).

3. a) Eine Lösung der aufgeworfenen Fragen muß von den folgenden Überlegungen ausgehen.

Zunächst gilt es zu bestimmen, was die VO 17 unter dem "Einschreiten gegen eine Absprache oder eine Verhaltensweise" versteht. Sodann ist zu klären, wann die

143) Art. 2 VO 17 N. 2 - 5 = WuW 1963, 275 ff

Kommission "einschreiten" kann oder muß. Denn wenn sie aus Rechtsgründen nicht einschreiten "kann", dann besteht auch kein rechtlich erheblicher "Anlaß" dazu.

"Gegen eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise" 144) einschreiten kann die Kommission auf Grund der VO 17 auf zweierlei Weise. Einmal kann sie die Beteiligten nach Art. 3 durch Entscheidung verpflichten, einen festgestellten - nicht notwendig schuldhaften - Verstoß abzustellen. Diese Anordnung kann sie notfalls durch Festsetzung eines Zwangsgelds gem. Art. 16 I a durchsetzen. Zum anderen kann die Kommission auf Grund von Art. 15 II a wegen schuldhaften Verstoßes gegen die Art. 85 I oder 86 Geldbußen gegen die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verhängen.

Kein "Einschreiten" ist es dagegen, wenn die Kommission nach den Art. 11 - 14 VO 17 gegen Unternehmen ermittelt. Die in diesen Artikeln verankerten Befugnisse setzen gerade nicht den Nachweis eines Verstoßes voraus, sondern nur die "Vermutung" einer Zuwiderhandlung (Art. 89 I 2). Daher kann die Kommission bei ausreichendem Verdacht auch Ermittlungen anstellen, nachdem sie ein Negativattest (oder eine Erklärung nach Art. 85 III) erteilt hat.

b) "Auf Grund von Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag i. V. m. Art. 3 oder 15 VO 17 einzuschreiten" ist - als Eingriff in die Rechtssphäre der Beteiligten - nur zulässig, wenn einer der beiden Verbotstatbestände verwirklicht ist. Eindeutig "kein Anlaß einzuschreiten" besteht für die Kommission dann, wenn die ihr bekannten Tatsachen Art. 85 I oder Art. 86 mit Sicherheit nicht erfüllen, wenn also

das Kartell oder die Handlungen eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht "geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen",

das Kartell keine "Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt", oder

keine "mißbräuchliche Ausnutzung" einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben vorliegt.

c) Unproblematisch ist ferner die von Deringer (N. 3) gebildete Gruppe, für die sich nach dem bekannten Sachverhalt ein Verstoß "nicht mit Sicherheit aus-

144) genauer wäre, "gegen" die beteiligten Unternehmen "wegen" einer Vereinbarung usw. - vgl. den französischen Text, wo es heißt "intervenir à l'égard d'un accord" etc.

schließen läßt", jedoch "keine Anhaltspunkte für die Vermutung einer Zuwiderhandlung bestehen". Hier liegt mangels einer sachlich begründbaren Vermutung kein Grund vor, das Negativattest zu verweigern.

d) Auf die unter c) bezeichnete Gruppe folgen bei Deringer (N. 4) diejenigen Fälle, in denen der bekannte Sachverhalt zwar "vermutlich oder mit Sicherheit unter die Verbote fällt", aber von geringer Bedeutung ist.

M. E. läßt sich jedoch weiter wie folgt unterscheiden:

Zwischen den Fällen, in denen ein Verstoß

(c) nicht mit Sicherheit auszuschließen und mangels tatsächlicher Anhaltspunkte nicht zu vermuten ist bzw.

(b) mit Sicherheit vorliegt, bleibt

(d) ein Bereich, der sich etwa wie folgt kennzeichnen läßt:

(I) Ein Verstoß läßt sich nicht mit Sicherheit ausschließen; (II) es bestehen auch gewisse sachliche Anhaltspunkte dafür; (III) der von der Kommission vermutete Verstoß läßt sich aber nicht mit Sicherheit nachweisen (feststellen).

Denkbar sind insbesondere Fälle, in denen die von den Beteiligten vorgetragenen Umstände keinen Verstoß darstellen, die Kommission aber auf Grund einiger konkreter Verdachtsmomente vermutet, daß die im Antrag gemachten Angaben unvollständig oder unwahr sind, ohne daß sich dies durch Ermittlungen nach den Artikeln 10 II ff, 11 - 14 oder 19 VO 17 sicher nachweisen läßt. In einer solchen Lage besteht kein nach der VO 17 ausreichender Anlaß zum Einschreiten; die Erteilung des Negativattests ist zumindest sachlich gerechtfertigt. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die Antragsteller haben zunächst schlüssig darzutun, daß kein Verstoß vorliegt (vgl. Formblatt A, IV). Ist ihr Vortrag schlüssig, dann hat die Kommission einen Verstoß zu beweisen, wenn sie den Antrag ablehnen will. Die Sanktionsdrohung des Art. 15 I a unterstreicht diese Bedeutung des Vortrags der Beteiligten. Läßt sich auch nur ein Tatbestandsmerkmal der in Frage kommenden Verbotsnorm nicht erweisen, dann schlägt diese Beweislosigkeit grundsätzlich zu Gunsten der beteiligten Unternehmen aus. Die mit der Durchsetzung des Verbots betrauten Behörden tragen also die "Feststellungslast" (auch: "materielle" oder "objektive Beweislast")¹⁴⁵⁾ für das Vorliegen aller Merkmale des Verbotstatbestands.

145) s. zur Terminologie z. B. Rosenberg § 114 I; zur objektiven Beweislast im deutschen Verwaltungsrecht z. B. BVerwG, DÖV 1958, 59; Lücke, JZ 1966, 587 ff Teil II, III 2; zum GWB: Bartholomeyczik (§ 22 N. 58) und Junge (§ 54 N. 1-2 m. Nachw.) im GemKomm; der Grundsatz "in dubio pro reo" ließe sich nur mit Bezug auf Art. 15 II heranziehen, weil Art. 3 VO 17 wohl nicht ins eigentliche Ordnungswidrigkeitenrecht gehört (a. M. wohl Müller-Henneberg, GemKomm I, Einführung VIII, S. 83); Art. 16 VO 17, der lediglich die Vollstreckung regelt, steht nicht entgegen.

In diesem Sinne kann man mit Schlieder¹⁴⁶⁾ davon sprechen, daß der Kommission "die Beweislast" für die Erfüllung des Verbotes Art. 85 I, den Beteiligten dagegen für das Vorliegen der Voraussetzungen der Art. 85 III obliege¹⁴⁷⁾. Dabei muß man sich darüber klar sein, daß kein formeller Beweis im zivilprozessualen Sinne gemeint ist, weil die Kommission von Amts wegen ermittelt (Art. 89 d. V.). Sie muß aber, will sie ihrer Entscheidung einen vom Vortrag der Beteiligten abweichenden Sachverhalt zu Grunde legen, tatsächliche Feststellungen angeben können, die sie im Streitfalle auch dem EuGH vortragen kann, um sich insbesondere gegen den Vorwurf willkürlicher, d. h. i. S. d. Art. 173 ermessensmißbräuchlicher Entscheidung sichern zu können. Diese Feststellungen müssen durch den EuGH im Rahmen der Art. 21-29 der Satzung und der Art. 45-53 der Verfahrensordnung nachprüfbar sein. Daher ist es im Interesse beider Parteien wichtig, daß die Kommission in ihrer Entscheidungsbegründung nur den Sachverhalt darstellt, den sie im genannten Sinne "beweisen" kann (s. u. D.). Allerdings gibt es Merkmale der Verbotstatbestände, die sich kaum je im strengen Sinne nachweisen lassen. In diesen Fällen kann die "Feststellungslast" der Kommission nach den Grundsätzen über den Anscheinsbeweis ("prima-facie-Beweis")¹⁴⁸⁾ gemildert werden. Dies gilt insbesondere für das Vorliegen einer - möglicherweise stillschweigenden - "Abstimmung" zwischen mehreren sich gleichförmig verhaltenden Unternehmen.

Denn "für den Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen ist - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung anglo-amerikanischer Gerichte zum Begriff der 'conspiracy' im Sinne der Section 1 des Sherman Act - einerseits ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der beteiligten Unternehmen nicht erforderlich, andererseits aber auch ein bewußt gleichförmiges Verhalten mehrerer Unternehmen ohne Willensübereinstimmung nicht ausreichend. Es kommt vielmehr darauf an, daß mehrere Unternehmen diesem Plan entsprechend handeln, sei es daß sie gleichförmig oder unterschiedlich in verteilten Rollen handeln" ¹⁴⁹⁾.

Vermag die Kommission ein gleichförmiges oder sich offenbar "in verteilten Rollen" ergänzendes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nachzuweisen, so wird

146) BB 1962, 308; vgl. § 3 II GWB

147) lediglich gegen den Ausdruck "Beweislast" wenden sich m. E. zu Unrecht Gleiss/Hirsch (Art. 85 N. 83) u. Deringer (Art. 85 III N. 5)

148) zum Begriff s. z. B. Baumbach/Lauterbach, Anhang zu § 282 ZPO, N. 3 B; zur Rolle dieser Figur bei der Feststellung der Marktbeeinflussung nach dem Antitrustrecht der USA vgl. Kronstein, BB 1962, 1295 ff 1298

149) BKartA, Tätigkeitsbericht 1961, S. 61 Nr. 4; zustimmend Baumbach/Hefermehl, Art. 85 N. 5; Deringer Art. 85 I N. 23

für die erforderliche "Willensübereinstimmung" nach der Lebenserfahrung häufig eine Vermutung¹⁵⁰⁾ oder doch ein Indiz¹⁵¹⁾ sprechen. Nach den Grundsätzen über den Anscheinsbeweis¹⁵²⁾ kann die Abstinenz dann als erwiesen gelten. Den gleichförmig handelnden Unternehmen obläge sodann der Nachweis, daß das Verhalten der einzelnen Unternehmen nicht auf einer Absprache beruht, sondern z. B. durch betriebswirtschaftliche Erfordernisse gerechtfertigt ist¹⁵³⁾. Ähnliches gilt für den Nachweis "mißbräuchlicher Ausnutzung" einer Monopolstellung i. S. d. Art. 86, wenn beispielsweise zu beweisen ist, daß eine Beschränkung der Produktionskapazität zum Schaden der Verbraucher gerade "unter Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung" und nicht aus betriebswirtschaftlichen Gründen vorgenommen worden ist. Bei einem Großunternehmen wird oft schon der Nachweis, daß es marktbeherrschend ist, schwer zu führen sein¹⁵⁴⁾. Auch hier können indessen die aus dem Marktverhalten des Unternehmens sprechenden Anzeichen so typisch sein, daß es seinerseits darlegen und beweisen muß, es sei einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt, es habe seine Preise notwendig mit Rücksicht auf seine Mitbewerber festgelegt und sie daher nicht "erzwungen" i. S. d. Art. 86 a EWG-Vertrag¹⁵⁵⁾.

Grundsätzlich aber bleibt es bei der Feststellungslast der Kommission. Dies muß sich besonders bei dem Merkmal auswirken, das den Verbotstatbeständen gemeinsam ist: der "Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten." Wie das Wort "geeignet" zeigt, kommt es auf die objektive und damit feststellbare Qualität des Verhaltens an¹⁵⁶⁾. Ähnliches gilt für das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung im Art. 85 I; ergibt nicht schon die Auslegung der Absprache, daß sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes "bezweckt", dann muß die Kommission beweisen, daß mindestens eine Verfälschung tatsächlich "bewirkt" wird¹⁵⁷⁾. Mit der Feststellungslast für diese beiden Hauptmerkmale

150) Baumbach/Hefermehl aaO (149)

151) BKartA aaO (149); unentschieden insoweit Deringer aaO (149)

152) Bartholomeyczik aaO (145)

153) Deringer, Art. 85 I N. 22 m. Nachw.

154) s. dazu die Denkschrift der Kommission zum Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt v. 1.12.1965, Teil III Nr. 21-24 (WuW 1966, 330 ff 345)

155) vgl. zu § 22 GWB Bartholomeyczik aaO (145) im Anschluß an RGZ 130, 357

156) s. z. B. Everling, Art. 85 N. 4; Deringer, Art. 85 I N. 40

157) Läßt sich dieser "Zweck" schon der Absprache entnehmen, dann braucht die "Auswirkung" jedoch nicht mehr untersucht zu werden - vgl. EuGH v. 30. 6. 66 (WuW/E EWG/MUV 117 ff 123) und 13. 7. 66 (Grundig/Consten, ebenda S. 125 ff 131).

wird der Kommission nichts Unzumutbares aufgebürdet. Es ist zu bedenken, daß ihr im Vergleich zu den Beteiligten überlegene Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen: sie kann die Kartellbehörden aller sechs Mitgliedstaaten in die Ermittlungen einspannen (Art. 13, 14 VO 17) und bei Vorliegen gewisser Anzeichen (Preisbewegungen und -erstattungen) auf Grund von Art. 12 VO 17 im gesamten Gemeinsamen Markt allgemeine Untersuchungen eines Wirtschaftszweiges durchführen.

Allerdings erweist sich gerade bei den genannten "objektiven" Merkmalen, daß sie als "unbestimmte Gesetzesbegriffe" der Kommission einen erheblichen "Beurteilungsspielraum" einräumen. Die Frage, ob z. B. ein bestimmtes, in einem Alleinvertriebsabkommen enthaltenes Reexportverbot geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, stellt nicht nur eine Feststellung tatsächlicher Auswirkungen sondern weitgehend eine Wertung dar, die lediglich der Kontrolle durch den EuGH im Rahmen des Art. 173 EWG-Vertrag unterliegt¹⁵⁸⁾. Von seiner Rechtsprechung wird es abhängen, ob die Kommission z. B. auch nur mittelbare, inadäquate¹⁵⁹⁾ oder unerhebliche¹⁶⁰⁾ Beeinflussungen des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs als "Beeinträchtigung" behandeln darf¹⁶¹⁾. Das Institut des Negativattests kann dazu dienen, die Auslegung der Art. 85 I, 86 gerade in solchen entscheidenden Grenzfragen zu klären¹⁶²⁾.

Zusammengefaßt ergibt sich: Rechtlich erheblicher "Anlaß zum Einschreiten" besteht nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen grundsätzlich nur dann, wenn die Kommission die Verwirklichung aller Merkmale eines Verstoßes

158) vgl. EuGH i. S. Grundig, aaO (157) S. 134 ("Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3")

159) vgl. z. B. Gleiss/Hirsch, Art. 85 N. 25; Deringer, Art. 85 I N. 43-47

160) Verneinend z. B. BKartA aaO (149) S. 62; ebenso die Bundesregierung und Lagrange im Falle Bosch, RSpr. VIII 123 ff 149/150

161) dazu und zu den Versuchen der amerikanischen Rechtsprechung, diese Probleme mit der "rule of reason" und der Lehre von den "per se" nachteiligen Absprachen zu lösen, vgl. Wolf, WuW 1962, 646 ff, 647/48; Kronstein, BB 1962, 1298; Loevinger, WuW 1964, 588; s. jetzt EuGH i. S. Grundig/Consten aaO (157) S. 130 und dazu Deringer, NJW 1966, 1585 ff Nr. II 3; Pfeifer, JZ 1966, 677/78; Kirschstein, WuW 1966, 777 ff 781, 785

162) vgl. Deringer, GRUR-AIT 1962, 283 ff 295; Wolf aaO (161) S. 655. Die Kommission hat im 8. Gesamtbericht unter Nr. 67 die aus ihrer bisherigen Praxis zu entnehmenden Leitsätze zusammengestellt. Danach sind nur "spürbare" Wettbewerbsbeschränkungen erheblich. So nun auch der EuGH in der Rechtssache 56/65, aaO (157) S. 123.

feststellen, d. h. auch beweisen kann. Nur ausnahmsweise, bei ihrem Wesen nach regelmäßig nicht streng beweisbaren Merkmalen, kann sich die Kommission nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises mit dem Nachweis typischer Anzeichen begnügen. Letzteres gilt insbesondere für die Merkmale "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" in Art. 85 I und "mißbräuchliche Ausnutzung" in Art. 86 EWG-Vertrag.

Die Erteilung eines Negativattests ist nach all dem immer dann rechtmäßig, wenn die Kommission nach den ihr bekannten Tatsachen, d. h. : nach dem von den Beteiligten vorgetragenen und möglicherweise durch ein nachprüfbares Ermittlungsergebnis ergänzten Sachverhalt, gegen die Beteiligten nicht einschreiten kann. Dies ist grundsätzlich auch dann der Fall, wenn die Kommission trotz ihres auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhenden Verdachts eines Verstoßes keine nachprüfbare Feststellung einer Zuwiderhandlung zu treffen vermag.

e) Es bleibt zu prüfen, ob die Kommission auch dann ein Negativattest erteilen kann, wenn ein Verstoß vorliegt, der nach Ansicht der Kommission so unbedeutend ist, daß sie nach pflichtgemäßem Ermessen von einem Einschreiten absehen möchte ¹⁶³⁾.

Hierbei ist mit Deringer ¹⁶⁴⁾ davon auszugehen, daß die Kommission nach Art. 89 d. V. verpflichtet ist, gegen Verstöße einzuschreiten; gem. Art. 3 VO 17 hat sie auch von Amts wegen zumindest für die Abstellung einer andauernden Zuwiderhandlung zu sorgen. Andererseits kann sie schon aus praktischen Gründen nicht gegen jede den Handel zwischen Mitgliedstaaten berührende Absprache vorgehen. Die Annahme des Gegenteils liefe darauf hinaus, im Bereich des EWG-Kartellrechts das Legalitätsprinzip anzuerkennen; dies aber ist aus Art. 89 d. V. nicht mit Sicherheit herauszulesen. Es kommt hinzu, daß auch im Herrschaftsbereich dieses Prinzips (s. z. B. § 152 II StPO) Durchbrechungen zu Gunsten milderer Fälle bekannt sind (Opportunitätsprinzip - vgl. §§ 153 ff StPO). Das GWB ¹⁶⁵⁾ verlangt ein besonderes "öffentliches Interesse" an der Verfolgung von Kartell-Ordnungswidrigkeiten, wobei allerdings streitig ist, ob durch behördliche Erklärung ein an sich verbotenes Verhalten auch für die Zukunft legalisiert werden darf ¹⁶⁶⁾.

163) vgl. die Literaturnachweise oben unter 2)

164) Art. 2 VO 17 N. 5

165) § 81 a. F. = § 81 i. d. F. v. 3.1.1966 in Verbindung mit § 7 OWiG

166) verneinend: von Köhler, NJW 1962, 1942 und - zu § 81 n. F. - NJW 1966, 1294;

bejahend: Kartte, NJW 1963, 622 und Mayer-Wegelin, GemKomm § 81 N. 2

Umso weniger sollte es der Kommission verwehrt sein, leichte Verstöße aus Gründen der Opportunität (d. h.: unter Prüfung der Zweckmäßigkeit eines Einschreitens nach pflichtgemäßem und - über Art. 3 II VO 17, 173 EWGV - nachprüfbarem Ermessen) nicht zu verfolgen. Hierfür spricht nicht nur die Arbeitsüberlastung der Kommission, sondern vor allem auch der Umstand, daß der Gemeinsame Markt schrittweise verwirklicht wird und die Kommission daher fähig sein muß, je nach dem Entwicklungsstand des Binnenmarktes elastisch vorzugehen. Dem ist nicht entgegenzuhalten, das Verbot des Art. 85 I könne lediglich durch eine Erklärung nach Art. 85 III für nicht anwendbar erklärt werden¹⁶⁷⁾. Für den - jeweils vorhandenen - Gemeinsamen Markt unschädlich können nicht nur Absprachen sein, die sämtliche Voraussetzungen des Art. 85 III erfüllen¹⁶⁸⁾, die also insbesondere die Verbraucher am entstehenden Gewinn beteiligen und zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Die Freistellungserklärung ist "zur Erreichung der für die Übergangszeit gesteckten Ziele ... nicht in allen Fällen geeignet", während das Negativattest "zur graduellen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln ... insbesondere während der Übergangszeit geeignet"¹⁶⁹⁾ erscheint.

Auch der Wortlaut des Art. 2 VO 17, der ausdrücklich nicht vom "Vorliegen eines Verstoßes" sondern vom "Anlaß zum Einschreiten" spricht, legt nahe, daß nicht jeder Verstoß einen solchen Anlaß bieten muß. Dem scheint auch die Kommission zuzuneigen, wenn sie in ihrer Antwort vom 1. 8. 1962¹⁷⁰⁾ erklärt, das Negativattest sei "nicht gleichbedeutend mit einer Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit" der Verbote (da sie auch Art. 86 dabei aufzählt, kann mit dieser Formulierung eine Abgrenzung nur von Art. 85 III nicht gewollt sein). Das Attest lasse vielmehr nur erkennen, ob die Kommission wegen des bekannten Sachverhalts "von Amts wegen nach Art. 3 I VO 17" einzuschreiten gedenke. Eine Begrenzung der Pflicht zum Einschreiten von Amts wegen nach dem Opportunitätsprinzip wäre zumindest dann geboten, wenn Kommission und Gerichtshof sich zu der Auffassung bekennen sollten, daß "den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet" schon jedes den Handel nur geringfügig beeinflussende Verhalten sei (s. o. FN 159-161). M.E. trifft die Auslegung des Art. 2 VO 17, wonach das Negativattest auch in Bagateilfällen erteilt werden kann, ohnehin nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift zu¹⁷¹⁾.

167) s. z. B. Merkblatt, 3. Teil VII 4, S. 25

168) vgl. Präambel zur VO 17, Erwägung 4

169) Schlochauer, JZ 1963 105 ff III u. IV jeweils a. E.

170) ABL. S. 2136/61 Nr. 1; s. auch Merkblatt aaO (167) Nr. 4 Abs. 2

171) ebenso ausdrücklich Gleiss/Hirsch aaO (134); Loussouarn/Bredin aaO (137); Schlochauer aaO (141); Pappalardo aaO (140); Mailänder S. 68

Andererseits scheidet diese Möglichkeit regelmäßig dann aus, wenn auch nur ein Mitgliedstaat oder ein Teil des Beratenden Ausschusses der Erteilung des Attests widerspricht. Anderenfalls könnte die Kommission durch einen stets zulässigen Antrag nach Art. 3 II a VO 17 jederzeit gezwungen werden, den - ihrer Ansicht nach leichten - Verstoß abzustellen (s. u. § 7 II. C. 3, 4). Der Widerspruch eines Mitgliedstaats wird also in der Regel "Anlaß" i. S. d. Art. 2 VO 17 sein, ebenso der zulässige Antrag nach Art. 3 II b, VO 17 (s. u. § 11 I 1 a).

4) Eine andere Frage ist es allerdings, inwieweit die Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Negativattests haben.

Liegen die unter 3) genannten Voraussetzungen der Erteilung vor, so "kann" die Kommission das Attest erteilen. Darin liegt eine Ermächtigung. Nach dem auch in der Präambel zur VO zum Ausdruck gelangten Zweck des Art. 2, den Unternehmen durch eine vom EuGH nachprüfbare Entscheidung Rechtssicherheit zu verschaffen, kann diese Vorschrift nur so ausgelegt werden, daß die Kommission das Attest jedenfalls dann erteilen "muß", wenn eindeutig kein Verstoß und damit kein "Anlaß zum Einschreiten" gegeben ist. Anderenfalls brauchte sie nicht nach den Rechtsnormen der Art. 85 ff, sondern könnte willkürlich entscheiden. Auch im Schrifttum wird ein grundsätzlicher Rechtsanspruch des Antragstellers entweder allgemein bejaht¹⁷²⁾ oder jedenfalls nicht ausdrücklich in Zweifel gezogen.

Bejaht man aber den Anspruch, so haben die Antragsteller nach dem oben (3 d) zur Beweislast Ausgeführten ein Recht auf Erteilung des Negativattests, sofern die Kommission keinen Verstoß feststellt, auf Grund dessen sie einschreiten könnte. In den oben unter 3 b, c, d, beschriebenen Fällen muß die Kommission das Attest also erteilen.

Sieht sie dagegen trotz Feststellung eines Verstoßes von einem Einschreiten von Amts wegen ab (oben 3 e), verneint sie also nur das "öffentliche Interesse" an einer Verfolgung, so besteht kein Rechtsanspruch¹⁷³⁾ auf die Erteilung des Negativattests. Denn - wie Art. 3 II VO 17 zeigt - können auch die Mitgliedstaaten und betroffene Dritte ein öffentliches bzw. ein berechtigtes privates Interesse am Einschreiten gegen den Verstoß haben. Zwar erhalten diese gem. Art. 10 und 19 III VO 17 Gelegenheit, Stellung zu nehmen. Aber einmal läßt sich aus Art. 19 III keine Verpflichtung zur Mitteilung und eine daraus folgende Präklusion von möglichen "Bemerkungen" ableiten¹⁷⁴⁾. Außerdem gibt es grundsätzlich keinen Anspruch des Rechtsunterworfenen auf eine von der Behörde

172) Kleemann S. 67; Deringer Art. 2 VO 17 N. 2, 3, 14

173) Deringer Art. 2 N. 4

174) s. o. § 6 I. D. 4 d)

im öffentlichen Interesse nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffende Maßnahme. Eine Ausnahme kann allenfalls für den Fall gelten, daß die Kommission in ständiger Verwaltungsübung für gleichartige Absprachen Negativatteste erteilt hat ¹⁷⁵⁾. Aber selbst dann wäre ein Anspruch wohl schwerlich zu begründen, weil die Kommission sich jederzeit auf eine Änderung der wirtschaftlichen Gesamtlage, insbesondere auf das Fortschreiten der Integration sowie auf die steigende Zahl solcher Verträge berufen könnte. Auch würde die Ermessensbindung der Kommission in diesem Fall nur dahin gehen, gegen gleichartige Absprachen nicht einzuschreiten, nicht aber dahin, dies auch noch formell zu bestätigen.

D. Begründung und Veröffentlichung der Entscheidungen

1) Nach Art. 190 EWG-Vertrag ist jede Entscheidung der Kommission, also auch die Erteilung und die Versagung eines Negativattests, mit Gründen zu versehen. Ferner ist auf die Vorschläge und Stellungnahmen, die nach dem Vertrag (sowie hier: nach Art. 10 und Art. 19 VO 17) eingeholt werden müssen, Bezug zu nehmen.

Diese Vorschriften sollten nicht nur die Beteiligten unterrichten, sondern vor allem auch sicherstellen, daß der Gerichtshof im Falle einer nach Art. 173 d. V. erhobenen Klage, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung überprüfen kann. Daher sind die "tragenden Tatsachen" und die "maßgeblichen Erwägungen" anzugeben ¹⁷⁶⁾. Geht aus den Gründen nicht hervor, auf welchen Erwägungen die Entscheidung beruht, so kann sie wegen "Verletzung einer wesentlichen Formschrift" für nichtig erklärt werden; Art. 173, 174 I.

Bei Versagung des Negativattests muß die Kommission mithin darlegen, auf Grund welcher Tatsachen sie den Tatbestand des Art. 85 I oder des Art. 86 als gegeben ansieht. Weichen diese Tatsachen vom Vortrag der Antragsteller ab, so ist auch mitzuteilen, mit welchen Beweismitteln sie den abweichenden Sachverhalt festgestellt hat. Die nach Art. 173 klagebefugten Mitgliedstaaten, Personen und der Ministerrat müssen nämlich prüfen können, ob eine Nichtigkeitsklage Erfolg verspricht.

175) vgl. etwa die Lehre von der "behördlichen Selbstbindung" - dazu z. B. Forsthoff § 5, S. 85; H. J. Wolff § 31 II d 2, S. 149

176) vgl. EuGH v. 20.3.1957 - 2/56 -, RSpr. III 9 ff 13; s. a. Rechtssachen 24/62 (EuGH, RSpr. IX 155 ff. und Roemer, ebenda S. 178 ff) und 34/62 (EuGH RSpr. IX 314 ff, und Roemer, ebenda S. 336 ff.)

Bei Erteilung des Negativattests kommt dem die Entscheidung tragenden Sachverhalt eine besondere Funktion zu: Die Kommission stellt gemäß Art. 2 VO 17 fest, daß "nach den ihr bekannten Tatsachen" für sie kein Anlaß zum Einschreiten besteht. Die wesentlichen "ihr bekannten Tatsachen" sind daher einmal mitzuteilen, damit die beteiligten Unternehmen wissen, mit welchem Verhalten sie noch innerhalb des für unbedenklich erklärten Sachverhalts bleiben¹⁷⁷⁾. Zum anderen sollen der Rat, die Mitgliedstaaten und vor allem betroffene Dritte (Art. 173 II) aus den Gründen erkennen, ob die zu beanstandenden bzw. die sie beschwerenden Umstände bei der Kommission bekannt sind.

Sind beschwerende Umstände unbekannt, dann braucht der betroffene Dritte nicht innerhalb der 2-Monats-Frist (Art. 173 III) gegen das Negativattest vorzugehen. Er kann vielmehr - gestützt auf die bei Erteilung des Negativattests nicht berücksichtigten Umstände - jederzeit einen Antrag nach Art. 3 II b VO 17 stellen. Dabei kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß er auf Grund der Veröffentlichung des Antrags nach Art. 19 III VO 17 seine "Bemerkungen" hätte mitteilen können; eine Ausschlußwirkung hat diese Veröffentlichung nicht¹⁷⁸⁾.

Die Kommission muß ferner begründen, aus welchen rechtlichen Erwägungen sie keinen Anlaß zum Einschreiten auf Grund der Art. 85 I oder 86 sieht. Im Regelfall wird sie darzulegen haben, aus welchen maßgeblichen Gründen sie die Wettbewerbsregeln als nicht verletzt ansieht, d. h. welches Merkmal der Verbote fehlt.

Nun wurde oben¹⁷⁹⁾ ausgeführt, daß ein Negativattest auch aus der Erwägung erteilt werden kann, zwar liege ein leichter Verstoß vor, doch bestehe kein öffentliches Interesse am Einschreiten (Bagatellfallattest). Es fragt sich, ob diese Erwägung in der Entscheidung mitzuteilen ist.

Deringer¹⁸⁰⁾ meint, es müsse im Tenor klargestellt werden, daß lediglich das öffentliche Interesse verneint wird. Dagegen spricht aber, daß der Tenor nach Art. 2 VO 17 beide Arten des Negativattests zuläßt. Diese Elastizität der Entscheidungsformel war gerade das maßgebliche Argument für die Zulässigkeit des "Bagatellfallattests". Die Kommission ist daher nicht gehalten, im Tenor auszusprechen, ob es schon an einem Verstoß oder nur am öffentlichen Interesse mangelt. In den Gründen aber muß sie zu diesem Punkt Stellung nehmen¹⁸¹⁾. Kirschstein¹⁸²⁾ hat daher mit Recht gerügt, daß im Falle "Vitapro"¹⁸³⁾ nicht

177) vgl. Deringer, Art. 2 VO 17 N. 14

178) s. o. I D 4 d

179) II C 3 e

180) Art. 2 N. 4, 14

181) Mailänder S. 68

182) WuW/E EV 110

183) Negativattest v. 30. 7. 1964, A Bl. S. 2287/64 = WuW/E EV 105; s. a. Kommission, 8. Gesamtbericht, Nr. 60 S. 114

erkennbar sei, weshalb die Kommission das Attest erteilt habe. M.E. ist daraus aber nicht zu folgern, die Begründung sei unzureichend und die Entscheidung mithin wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften rechtswidrig¹⁸⁴⁾. Wird in den Gründen ein Verstoß nicht eindeutig ausgeschlossen, dann ist nur das öffentliche Interesse verneint; im Zweifel ist ein Bagatellfallattest anzunehmen. Angesichts des dehnbaren Wortlautes des Art. 2 VO 17 können die Beteiligten nicht mehr verlangen, so daß eine Klage auf Erteilung eines "echten" Negativattests abzuweisen wäre.

Im Falle "Vitapro" hätte der EuGH (etwa auf die Klage eines Mitgliedstaats nach Art. 173 I) prüfen können, ob nach dem mitgeteilten Sachverhalt schon eine Wettbewerbsbeschränkung¹⁸⁵⁾ ausscheidet. Die Klage wäre aber auch dann abzuweisen gewesen, wenn die Kommission ohne Ermessensmißbrauch annehmen konnte, es handle sich um einen "leichten Verstoß". Für diese Annahme spricht die sechste Erwägung "zur Begründetheit", wo es heißt, das Konkurrenzverbot gelte "nur für eine kurze Anlaufzeit", die am 12.1.1966, also noch vor Ablauf der Übergangszeit (Art. 8 EWGV) endete.

Zusammengefaßt ergibt sich, daß zur Begründung eines Negativattests möglichst genau die "bekannten Tatsachen" mitzuteilen sind. Die Kommission muß auch ihren wesentlichen Gedankengang angeben, doch kann sie bei der - im Zweifel anzunehmenden - Erteilung eines Attests mangels öffentlichen Interesses offenlassen, ob mit einer Erwägung schon der Verbotstatbestand oder nur das öffentliche Interesse vereint wird.

2) Gemäß Art. 21 I VO 17 veröffentlicht die Kommission die Entscheidungen, die sie "nach den Art. 2, 3, 6, 7 und 8 erläßt", im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. "Nach" Art. 2 entscheidet sie auch, wenn sie das Negativattest versagt¹⁸⁶⁾.

Nach Art. 21 II erfolgt die Veröffentlichung unter Angabe der Beteiligten und des "wesentlichen Inhalts" der Entscheidung; sie muß - wie im Falle des Art. 19 III 2 - den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen¹⁸⁷⁾.

184) so Kirschstein, aaO (182) 111

185) die "spürbar ist" - s. o. FN 162

186) vgl. Art. 19 I VO 17; vor der - ablehnenden - "Entscheidung auf Grund des Art. 2" sind die Beteiligten zu den Beschwerdepunkten zu hören.

187) vgl. dazu oben I D 4 c, sowie Deringer, Art. 21 N. 5 - 6

Es fragt sich, ob zum "wesentlichen Inhalt" nur der Tenor¹⁸⁸⁾ oder auch die Gründe gehören. Die Antwort muß sich aus dem Zweck der Veröffentlichung ergeben. Einmal soll das interessierte Publikum über die Auslegung des EWG-Kartellrechts unterrichtet werden. Der verfügbare Teil der Entscheidung läßt aber - selbst in Verbindung mit dem veröffentlichten Antrag - nicht die rechtlichen Erwägungen der Kommission erkennen. Hinzu kommt, daß die Veröffentlichung vor allem auch der Rechtssicherheit dienen soll; nach Art. 173 III EWG-Vertrag setzt sie die Klagfrist für diejenigen Kläger in Gang, denen die Entscheidung nicht mitgeteilt wird (s. u. 4)¹⁸⁹⁾. Ohne die tragenden tatsächlichen und rechtlichen Gründe (s. o. 1) ist jedoch selten erkennbar, ob die Kommission z. B. wesentliche Formvorschriften verletzt oder ihr Ermessen mißbraucht hat. Außerdem können dritte Personen oft erst aus den Gründen entnehmen, daß sie "unmittelbar und individuell" betroffen sind (Art. 173 II). Wie der EuGH¹⁹⁰⁾ entschieden hat, beginnt die Klagfrist in einem solchen Fall erst zu laufen, wenn die Beschwer dem Kläger erkennbar geworden ist. Nach all dem gehören die Gründe, soweit sie von allgemeinem Interesse oder für mögliche Klagen nach Art. 173 I - II EWGV erheblich sein können, zum "wesentlichen Inhalt" der Entscheidungen i. S. d. Art. 21 VO 17.

3) Es bleibt zu klären, an wen die Entscheidung "gerichtet" ist. Dies ist für die Klagebefugnis der Beteiligten nach Art. 173 II d. V. erheblich. Art. 2 VO 17 spricht von einem Antrag der "beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen". Sicher ist die Entscheidung an diejenigen Unternehmen gerichtet, die beteiligt und - einzeln oder gemeinsam, persönlich oder in Vertretung - den Antrag gestellt haben. Problematisch ist allein der Fall, in dem nur einzelne Beteiligte den Antrag gestellt und die übrigen unterrichtet haben, wie dies nach Art. 1 I VO 27 möglich ist; denn es kann vorkommen, daß die übrigen Beteiligten der Antragstellung nicht zustimmen und sich nicht zu beteiligen wünschen.

Die Antwort muß sich aus dem Gesamtzusammenhang der Verfahrensvorschriften ergeben, die sich mit der Rechtsstellung der Beteiligten befassen. Bedeutsam ist in dieser Hinsicht die erwähnte Unterrichtungspflicht nach Art. 1 I 2 VO 27. Ferner ist die Mitteilung der Beschwerdepunkte (Art. 19 I VO 17) gem. Art. 2 I 2 VO 99 "an jedes Unternehmen oder jede Unternehmensvereinigung oder an

188) so für das GWB: Junge im GemKomm zu § 58

189) "Bekanntgabe" in der deutschen Fassung des Art. 173 III bedeutet richtig "Veröffentlichung" - vgl. den frz. und niederl. Text sowie dazu Wohlfarth, Art. 173 N. 11

190) am 14.12.62, RSpr. VIII 1029

den von ihnen bestellten gemeinsamen Bevollmächtigten" zu richten. Zwar könnte man bei isolierter Betrachtung des Art. 1 III VO 27 schließen, daß ein gemeinsamer Bevollmächtigter nur bei "gemeinsamen Anträgen" bestellt werden solle und nach der VO 99 demnach die Beschwerdepunkte nur den Antragstellern mitzuteilen seien. Diese Auslegung stünde aber im Widerspruch zur VO 17. Nach deren Art. 19 I ist schlechthin den beteiligten Unternehmen Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Daß dies gerade i. S. d. Art. 19 I sämtliche Beteiligten sein müssen, ergibt sich auch aus folgender Erwägung: bei Ablehnung des Antrags wird festgestellt, "daß Anlaß besteht, gegen die Beteiligten einzuschreiten"; die Beteiligten sind gem. Art. 21 II VO 17 in der Veröffentlichung aufzuführen¹⁹¹⁾. Die Ablehnung ist eine Entscheidung, die sich gegen alle beteiligten Unternehmen und nicht nur gegen die Antragsteller richtet. Folglich gehören nicht nur die Antragsteller zu den Unternehmen, die nun mit dem Einschreiten rechnen müssen, gegen die sich die Entscheidung richtet, so daß auch den nicht dem Antrag zustimmenden Beteiligten gem. Art. 4 VO 99 das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Danach ist jedenfalls die Ablehnung des Antrags "gegen" sämtliche beteiligten Unternehmen gerichtet¹⁹²⁾.

4) Eine andere Frage ist es, ob die Kommission ihre nach Art. 21 VO 17 zu veröffentlichende Entscheidung den beteiligten Unternehmen noch schriftlich mitteilen muß. Wie erwähnt, beginnt die Frist des Art. 173 III schon mit der Veröffentlichung der Entscheidung (hier: der Versagung des Attests) zu laufen (vgl. oben 2). Alle Entscheidungen der Kommission sind aber nach Art. 190 nicht nur schriftlich zu begründen und zu unterzeichnen, sondern außerdem gem. Art. 173 III "denjenigen, für die sie bestimmt sind", bekanntzugeben, d. h. mitzuteilen. Durch diese Bekanntgabe werden sie wirksam; Art. 191 II.

Danach muß die Kommission sämtlichen Beteiligten die Ablehnung eines Antrags nach Art. 2 VO 17 schriftlich mitteilen. Dies folgt auch aus der wichtigen Funktion, die den Gründen der Entscheidung zukommt (s. o. 1) und aus Art. 21 II VO 17, wonach nur "der wesentliche Inhalt der Entscheidung" zu veröffentlichten ist. Eine öffentliche Zustellung wie bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte (Art. 2 II VO 99) ist im EWG-Vertrag oder in der VO 17 nicht vorgesehen. Die Ablehnung eines Antrags ist also nicht nur "gegen" sondern auch im technischen Sinne "an" alle Beteiligten gerichtet.

Zweifelhaft bleibt allerdings, ob den Beteiligten, die einem Antrag auf Negativattest nicht zugestimmt haben, auch die Erteilung mitzuteilen ist. M. E. besteht

191) s. o. 2)

192) so auch Ryziger, Gaz. Pal. 1964, Doctr., S. 95 ff 99

dafür kein Bedürfnis. Die Kommission braucht sich nach Art. 2 VO 17 nur auf Antrag, gegenüber antragstellenden Unternehmen, zu binden. Dieser Ansicht scheint auch die Kommission zu sein. Im Falle Grosfillex-Fillistorf hatte nur die französische Firma den Antrag bewirkt¹⁹³⁾. In Art. 2 ihrer zureichenden Entscheidung¹⁹⁴⁾ richtet die Kommission das Negativattest ausdrücklich nur an diese Antragstellerin. Trotz der Veröffentlichung unter Angabe sämtlicher Beteiligter wird das Negativattest somit nach Art. 191 II d. V. nur den antragstellenden Unternehmen gegenüber wirksam¹⁹⁵⁾. Schon aus diesem Grunde empfiehlt sich die Bestellung eines "gemeinsamen Vertreters" (Art. 1 III VO 27).

§ 7

REGELUNG DES VERFAHRENS ZUR ABSTELLUNG VON ZUWIDERHANDLUNGEN

I. Der förmliche Ablauf des Verfahrens bis zur Entschließung der Kommission

A. Der Beginn des Verfahrens

1) Nach Art. 3 I VO 17 kann die Kommission auch "von Amts wegen" eine Zuwiderhandlung feststellen.

Anlaß zum Beginn einer Untersuchung kann jede Vermutung eines Verstoßes (Art. 89 I 2 d. V.) sein. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben.

2) Einen Feststellungsantrag können nach Art. 3 II a VO 17 die Mitgliedstaaten stellen, ohne daß dazu ein besonderes Interesse darzulegen oder eine bestimmte Form einzuhalten wäre. Die Staaten werden kraft ihrer Verfassungen von den Regierungen oder von einem ermächtigten Minister oder sonstigen Organ vertreten.

193) ABl. S. 1853/63

194) v. 11.3.1964, ABl. v. 9.4.1964, S. 916/64

195) vgl. Wohlfarth, Art. 191 N. 2, 4, nach dessen Ansicht die Veröffentlichung "keine rechtliche Bedeutung" hat.

3) Die Beschwerde

a) Zur Stellung des Antrags sind auf Grund von Art. 3 II b auch "Personen und Personenvereinigungen" berechtigt, "die ein berechtigtes Interesse darlegen". Es müssen also nicht Unternehmen sein, wie nach Art. 2. In Betracht kommt jede natürliche oder juristische Person, z.B. Verbraucher (vgl. Art. 85 III, 86 b), Handelspartner (Art. 85 I d, 86 c) oder sonstige Vertragspartner (Art. 85 I a, e, 86 a, d) sowie Mitbewerber, insbesondere dann, wenn sie infolge des Verstoßes einen Vermögensschaden erlitten haben. Zu beachten ist, daß der Antragsteller kein "rechtliches" sondern nur ein "berechtigtes" Interesse darlegen (nicht nachweisen) muß. Es genügt also ein nicht offenbar unbegründetes oder fernliegendes wirtschaftliches Interesse. Nach Steindorff ¹⁾ ist "jedenfalls jedes Interesse an der Erhaltung der Wettbewerbsposition und der Ein- und Verkaufsmöglichkeiten, also insgesamt an der eigenen Teilnahme am Markt der Güter und Leistungen", als berechtigt anzusehen. Das Interesse der Arbeitnehmer eines boykottierten oder von einer Rationalisierungsabsprache erfaßten Unternehmens an der Erhaltung des Arbeitsplatzes sei danach u. U. nicht zu schützen, "weil es nicht auf die eigene Anteilnahme des Arbeitnehmers am Markt der von seinem Betrieb produzierten Güter ausgerichtet ist". Andererseits ist die Arbeiterschaft von dem Schicksal eines Unternehmens notwendig wirtschaftlich betroffen, so daß ein "berechtigtes" Interesse der diese Arbeiterschaft vertretenden Gewerkschaft anzuerkennen sein kann ²⁾. Eine unmittelbare Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit braucht somit bei dem Antragsteller wohl nicht vorzuliegen; eine solche Auslegung würde der Forderung eines "rechtlichen" Interesses gleichkommen. Daß auch Mitglieder des Kartells, dem der Verstoß vorgeworfen wird, antragsberechtigt sein können, ist bereits ausgeführt worden ³⁾.

Praktisch bedeutsam ist das Antragsrecht insbesondere für die Klagebefugnis nach Art. 173, 175 III d. V. (s. u. 5 u. § 11 II). Durch Art. 6 der VO 99 ist dem Antragsteller darüber hinaus im Verwaltungsverfahren ein formelles Anhörungsrecht eingeräumt worden (s. u. E 3).

Die Kommission bezeichnet den Antrag von Personen in ihrem Merkblatt (2. Teil I) als "Beschwerde".

b) Von der VO 27 bezieht sich lediglich Art. 1 II, wonach Vertreter ihre Vollmacht durch Urkunden nachweisen müssen, ausdrücklich auf den Antrag

1) AWD 1963, 353 ff 359 1.

2) vgl. dazu Ryziger, Gaz. Pal. 1964, Doctr., 95 ff 97

3) o. § 5 III 3.

nach Art. 3 II b VO 17. Ebenso gelten aber die allgemeinen Regeln des Art. 1 III (gemeinsamer Vertreter), Art. 2 I (siebenfache Ausfertigung des Antrags), II und III (Urkunden, Amtssprache) sowie Art. 3 (Wirksamwerden des Antrags) der VO 27⁴⁾. Die Verwendung eines besonderen Formblatts ist nicht vorgeschrieben. Die Kommission empfiehlt in ihrem Merkblatt (2. Teil, I), das von ihr erstellte Formblatt C⁵⁾ zu benutzen. Danach versteht die Kommission unter den Beteiligten (intéressés) sowohl die an dem Verstoß Teilnehmenden als auch die Antragsteller (Abschn. I); abweichend von Art. 3 I/III VO 17 sind hier also die am Verfahren Beteiligten gemeint. Besonderen Wert legt die Kommission auf die Angabe verfügbarer Beweismittel (IV), wie Zeugen, schriftliche Unterlagen, statistisches Material (über Preisentwicklung, Konditionen usw.) und Sachverständige (zu technischen Besonderheiten bei Erzeugung, Vertrieb usw.).

c) Macht der Beschwerdeführer in einem Antrag nach Art. 3 II VO 17 unrichtige oder entstellte Angaben, so kann er deswegen nur nach nationalem Strafrecht, nicht aber nach Art. 15 I a VO 17 durch Festsetzung einer Geldbuße bestraft werden⁶⁾.

4) Wann das Verfahren i. S. d. Art. 9 III VO 17 "eingeleitet" ist, wird bei der Erörterung der Tragweite des (hier allein dargestellten) Verfahrens vor der Kommission für die nationalen Behörden (unten § 9) untersucht.

B. Ziel des Verfahrens

Während bei der Darstellung des Verfahrens nach Art. 2 VO 17 als selbstverständlich davon auszugehen war, daß Ziel des nur auf Antrag einzuleitenden Verfahrens die Erteilung des Negativattests ist, bedarf diese Frage angesichts des Wortlauts von Art. 3 VO 17 einer besonderen Prüfung.

1) Aus der Überschrift und den Absätzen I und III des Art. 3 i. V. m. Art. 16 I a VO 17 ergibt sich, daß mit dem Verfahren die "Abstellung von Zuwiderhandlungen" erreicht werden soll. Ziel des Verfahrens ist nicht, wie im Bußgeldverfahren nach Art. 15 II, in der Vergangenheit geschehenes Unrecht zu ahnden,

4) vgl. Präambel zur VO 27, Erwägung I.

5) abgedruckt bei Deringer, Textteil III Nr. 3 u. WuW 1962, 609

6) vgl. Deringer, Art. 15 N. 21

sondern ein gesetzmäßiges Verhalten in der Zukunft zu sichern ⁷⁾. Der Verstoß muß, um abstellbar zu sein, noch andauern; Art. 16 spricht daher von "unterlassen", der französische Text von "cesser" und "mettre fin à l'infraction".

2) "Abstellung" eines Verstoßes setzt dessen "Feststellung" voraus. Nach Art. 3 I "stellt die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung fest".

Ist die Feststellung getroffen, dann "kann" die Kommission

gem. Art. 3 I "die beteiligten Unternehmen ... durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen", oder

gem. Art. 3 III, "bevor sie eine Entscheidung nach Absatz (1) erläßt, Empfehlungen zur Abstellung der Zuwiderhandlung an die beteiligten Unternehmen richten".

Dieser Wortlaut wirft zwei Fragen auf:

(3) Worauf richtet sich der Antrag nach Art. 3 I? und

(4) In welcher Form ist die Feststellung des Verstoßes zu treffen?

3) Nach der Fassung des Art. 3 I richtet sich der Antrag auf die Feststellung. Nach Zweck (s. o. 1) und Entstehungsgeschichte ⁸⁾ der Vorschrift soll der Antragsteller aber gerade berechtigt sein, die Feststellung des Verstoßes zu erwirken, damit dieser abgestellt wird ⁹⁾. Da die Kommission jedoch nach der Feststellung zunächst eine nach Art. 189 V EWG-Vertrag unverbindliche Empfehlung aussprechen kann, hat er "zwar ein Recht auf Maßnahmen der Kommission zur Abstellung der festgestellten Zuwiderhandlung, nicht aber darauf ..., daß die Kommission sofort eine Entscheidung erläßt" ¹⁰⁾.

4) Die zweite aufgeworfene Frage ist für den förmlichen Ablauf des Verfahrens von erheblicher Bedeutung. Insbesondere ist zu klären, ob die Feststellung (1.) formlos, (2.) förmlich, aber nicht als an die Beteiligten gerichtete Entscheidung oder (3.) als "Entscheidung" im technischen Sinne (Art. 189 IV, 173 II

7) Deringer, Art. 3 N. 2

8) s. o. § 5 II 4-5, III

9) Merkblatt 2, Teil I, S. 8; s. auch die (5.) Erwägung der Kommission zur Begründung des Art. 6 VO 99

10) Deringer, Art. 3 VO 17 N. 4; Steindorff, AWD 1963, 353 ff 359 (FN 35)

d. V.) ergeht ¹¹⁾. Von der Antwort hängt es u. a. ab, ob die Feststellung

- (I) eine "Entscheidung auf Grund des Artikels 3" ist, vor der die Beteiligten gemäß Artikel 19 I gehört werden müssen;
- (II) eine "das Verfahren zur Feststellung von Verstößen (Art. 10 I) abschließende Entscheidung" ist, vor der gemäß Art. 10 III der Beratende Ausschuß anzuhören ist;
- (III) eine "Entscheidung nach Artikel 3" ist, die gemäß Artikel 21 I veröffentlicht wird.

Der Wortlaut des Art. 3 VO 17 legt nahe, daß nur die Abstellungsverpflichtung als Entscheidung zu erlassen ist. Eindeutig in diesem Sinne spricht Art. 3 III von der "Entscheidung nach Absatz 1". Da andererseits auch die "Empfehlung zur Abstellung des Verstoßes" dessen Feststellung voraussetzt, könnte man aus diesem Sprachgebrauch e contrario folgern, daß die Feststellung nicht notwendig als besondere Entscheidung ergehen müsse.

Die oben in § 5 dargestellte Entstehungsgeschichte gibt wenig Aufschluß. Immerhin hatten sowohl Art. 7 II des ersten Kommissionsvorschlags als auch Art. 1 A I des Parlamentsentwurfs ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, durch Entscheidung festzustellen, daß ein Verstoß vorliege. Eine solche Vorschrift fehlt in der VO 17. Schon dem Wortlaut nach unmittelbare Vorbilder für Art. 3 I und III VO 17 sind vielmehr die Art. 8 des Kommissionsvorschlags und 1 B des Parlamentsentwurfs, die ebenfalls mit den Worten beginnen: "Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung ... fest", sodann die Möglichkeit der "Abstellungsverpflichtung durch Entscheidung" vorsehen und schließlich - jeweils in Abs. 2 - zulassen, daß die Kommission Empfehlungen ausspricht, "bevor sie eine Entscheidung nach Abs. 1 erläßt". Da die positive Feststellung nach beiden Entwürfen durch Entscheidung getroffen werden konnte, wären die Worte "stellt die Kommission ... fest" im Sinne von "stellt die Kommission durch Entscheidung (nach Art. 7 II bzw. Art. 1 A I) ... fest" zu lesen gewesen. Dieses Argument entfällt mit Bezug auf Art. 3 VO 17, weil die VO 17 - jedenfalls ausdrücklich - keine solche positive förmliche Feststellung durch Entscheidung vorsieht, abgesehen von den lediglich inzidenten Feststellungen gegenwärtiger und vergangener Verstöße, die in jeder Verpflichtungs-, Bußgeld- und Zwangsgehaltsentscheidung enthalten sind.

11) s. o. § 5 III 3. Deringer (EW 1962, 5), der allerdings in seinem WuW-Kommentar (Art. 3 N. 4) von einer "förmlichen Feststellung" spricht, hatte diese Frage für klärungsbedürftig gehalten. Andererseits müßten diejenigen, die das Antragsrecht als auf die Feststellung beschränkt ansehen (Schlieder, BB 1962, 308; Gleiss/Hirsch, Art. 3 N. 3), wohl konsequenterweise eine förmliche Feststellung annehmen.

Dem könnte entgegengehalten werden; Schon Art. 89 II 1 d. V. sah eine förmliche Feststellung von Verstößen zu deren Abstellung vor. Diese Bestimmung gelte auch nach Inkrafttreten der VO 17 fort; sie enthalte den Gedanken, daß schon die Feststellung selbständig angreifbar sein müsse.

Beide Gründe sind jedoch nicht haltbar. Selbst wenn Art. 89 auch nach Ablauf der Übergangszeit fortgeiten sollte, so wird die Vorschrift doch "obsolet, wenn der Kommission auf Grund des Art. 87 weitergehende Zuständigkeiten mit echten Eingriffsmöglichkeiten übertragen werden" ¹²⁾, wie sie in Art. 8 I. V. m., Art. 16 und in Art. 15 VO 17 sicherlich liegen. Hinzu kommt, daß auch nach Art. 89 I 3 d. V. vor einem "Vorschlag, den Verstoß abzustellen" keine förmliche Feststellung ergehen mußte. Art. 89 spricht mithin gerade gegen eine Feststellungsentscheidung.

Auch die Regelung des Negativattests in der VO 17 spricht gegen ein "Positivattest" in Form einer Entscheidung; denn wenn auch Art. 2 nicht sagt, daß die Kommission "durch Entscheidung" feststellt, so geht doch aus den Art. 10 III, 14 I und III, 21 I eindeutig hervor, daß Erteilung und Versagung des Negativattests Entscheidungen sind. Wenn Art. 10 I "Anträge ... zur Feststellung von Verstößen" nennt, so läßt sich dies damit erklären, daß der Antragsteller nach Art. 3 II b VO 17 i. V. m. Art. 175 III d. V. nicht sofort die Verpflichtungsentscheidung, sondern nur "Maßnahmen zur Abstellung" - zumindest eine Empfehlung - erzwingen kann. Sachlich handelt es sich also um "Anträge zur Abstellung von Verstößen".

Ist nach alldem bereits angezeigt, die Notwendigkeit einer förmlichen Feststellungsentscheidung nach Art. 3 VO 17 zu verneinen, so fragt es sich, ob diese Lösung dem Sinn und Zweck des Art. 3 gerecht wird.

Wäre die Feststellung als Entscheidung zu treffen, so stünde den Beteiligten der Rechtsweg des Art. 173 d. V. offen. Man könnte nun einwenden, dies sei nicht der Fall, wenn die Kommission an die Beteiligten zunächst eine unangreifbare, da unverbindliche, Empfehlung richtet. Dem ist jedoch entgegenzuhalten: eine Nachprüfungsfrage hatte nach Art. 173, 185 d. V. ohnehin keine aufschiebende Wirkung. Den Beteiligten entstehen also keine Rechtsnachteile, wenn sie die Empfehlung nicht befolgen. Die Kommission muß in diesem Falle die förmliche, verbindliche Verpflichtungsentscheidung nach Art. 3 I erlassen. Außerdem soll Art. 173 den beteiligten Unternehmen insofern entgegenkommen, als die Empfehlung nicht veröffentlicht wird. Gleiss-Hirsch ¹³⁾ entnehmen daraus beispielsweise eine "Ermächtigung für die Kommission, die Verletzung ohne förmliches

12) so z. B. Everling, Art. 89 N. 1

13) Art. 3 VO 17 N. 5; s. a. Deringer, Art. 3 N. 5, der ebenfalls davon ausgeht, daß eine Veröffentlichung vermieden wird.

Verfahren zu beseitigen. Dadurch haben die Beteiligten die Möglichkeit, sich dem EWG-Kartellrecht anzupassen, ohne daß die Öffentlichkeit davon erfährt. Dieser Vorteil entfielen, wenn schon die Feststellung, die vor jeder Empfehlung läge, als "Entscheidung nach Art. 3" (Art. 21 I) veröffentlicht werden müßte. Die Anhörung des Beratenden Ausschusses und die Publikation würden das Verfahren außerdem verzögern.

Die bisher erörterten Gesichtspunkte sprachen dafür, die von Amts wegen oder auf Antrag ergehende Feststellung nicht als gesonderte Entscheidung zu erlassen. Maßgebend dafür waren Erwägungen, die sich auf das Verhältnis der Kommission zu den Beteiligten bezogen.

Dagegen erheben sich aber noch folgende Bedenken:

Der Antragsteller muß beschiedenen werden. Da bei Zulassung seines Antrags sein "berechtigtes Interesse" verletzt worden ist, wird er von jedem Akt der Kommission nach Art. 3 III Verfahrensbestimmungen berührt (vgl. Art. 3 VO 89). Streitig ist lediglich, ob sich sein Antragsrecht auch auf die Verpflichtungsentscheidung erstreckt (s. o. 3); dagegen ist angesichts Art. 3 I eindeutig, daß sich das Antragsrecht auf die Feststellung des Verstoßes richtet. (Recht dies nunmehr auf eine förmliche Feststellung. Hier ist an das oben 1. über das Endziel des Verfahrens Gesagte zu erinnern. Ein gegenwärtiger Verstoß soll abgestellt werden. Dazu ist die Kommission nach Art. 89 d. V. und Art. 3 I VO 17 verpflichtet. Das Antragsrecht gibt interessierten Personen darüber hinaus die Möglichkeit, ein Verfahren in Gang zu setzen, zu dem sich die Kommission bis dahin nicht veranlaßt gesehen hat. Art. 3 III kann nun nur so gedeutet werden, daß die Kommission auch in Verfahren auf Beschwerde hin über die Art und Weise der "Abstellung" ein nach pflichtgemäßem Ermessen ausübendes Wahlrecht (s. o. FN 13) hat. Besonders in minder schweren Fällen sollte es möglich sein, daß sie nicht sofort und verhältnismäßig hart in die Rechtssphäre der Unternehmen eingreift. Dies gilt vor allem vor Abschluß der Übergangszeit, während der die Wettbewerbsregeln noch nicht in vollem Umfang durchgesetzt werden können. Das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers bleibt auch ohne Anhörung des Ausschusses und Veröffentlichung gewahrt. Entweder stellen die an dem Verstoß beteiligten ihr Verhalten ein, oder es ergeht die förmliche, zu veröffentlichen und nach Art. 16 erzwingbare Verpflichtungsentscheidung, die im Falle der "festgestellte Zuwiderhandlung" anführt. Dabei ist es unschädlich, wenn die Feststellung, gesondert von der Verpflichtung, im Tenor förmlich ausgesprochen wird ¹⁴⁾.

14) So EuGH I, S. Grundig/Consten am 13. 7. 1966 (WuW/E EWG/MUV 125 ff 128) entgegen der Ansicht der deutschen Bundesregierung

5) Ist nach all dem Art. 3 VO 17 dahin auszulegen, daß es vor Ausspruch einer Empfehlung oder einer Verpflichtung keiner Feststellung in Form einer Entscheidung i. S. d. Art. 173 II d. V., 10 III und 21 I VO 17 bedarf, so fragt es sich, wie der Antragsteller zu bescheiden ist ¹⁵⁾.

a) Hat die Kommission auf seinen Antrag einen Verstoß festgestellt und hält sie es nach pflichtgemäßem Ermessen für geboten, zunächst eine Empfehlung an die Beteiligten zu richten, so hat die Kommission m. E. dem Antragsteller dieses Vorgehen zu seiner Kenntnis in einem "Zwischenbescheid" mitzuteilen, er erkennt daraus, daß sie bereits eingeschritten ist. Eine nach Art. 173 III d. V. schon angestrebte Klage mit der Begründung, die Kommission habe es

"unterlassen, einen anderen Akt als eine Empfehlung an die beteiligten Unternehmen zu richten",

wäre unzulässig. Gem. Art. 173 III könnte der Antragsteller nur vortragen, die Kommission habe es

"unterlassen, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an ihn zu richten".

Der "Zwischenbescheid" aber ist weder eine Empfehlung noch eine Stellungnahme. Er enthält bereits die Feststellung, daß ein Verstoß vorliegt, wenn auch nicht in Form einer Entscheidung im technischen Sinne. Es kann auch dahingestellt bleiben, wie der Zwischenbescheid in das System der Rechtsakte auf Grund des EWG-Vertrages einzuordnen ist. Auch Art. 173 III spricht lediglich von einem "Akt, der nicht Empfehlung oder Stellungnahme ist". Wohlfaß ¹⁶⁾ hält beispielsweise - im Anschluß an die Erläuterungen der Bundesregierung zu Art. 173 ¹⁷⁾ - unter Art. 173 III fallende, "nicht als Entscheidungen bezeichnete Genehmigungen" für möglich. Da der Antragsteller nach Art. 3 VO 17 lediglich das "Einschreiten nach Art. 3" (einschließlich dessen Abs. III) erzwingen kann, ist er durch die an die Beteiligten gerichtete Empfehlung i. V. m. dem an ihn gerichteten "Zwischenbescheid" nicht beschwert: er kann zunächst nicht mehr als diesen "Akt" verlangen.

Die Empfehlung bestimmt zweckmäßigerweise einen Zeitpunkt, bis zu dem die Zuwiderhandlung abgestellt sein muß ¹⁸⁾.

15) vgl. Steindorff, AWD 1963, 353 ff 357 I., der von einem "Recht gegen die Kommission auf Bescheidung" spricht.

16) Art. 175 N. 2

17) BT-Drucksache II/3440

18) so auch die "Faience"-Empfehlung der Kommission v. 24. 7. 1963, WuW/E EV 60 ff 67

b) Leisten die Beteiligten der Empfehlung nicht Folge, so kann der Antragsteller die Verpflichtungsentscheidung erzwingen: sie ist nunmehr der ihm durch "Bescheid" mitzuteilende Akt i. S. d. Art. 175 III. Stellen die Beteiligten dagegen den Verstoß schon auf die Empfehlung hin ein, so teilt die Kommission dies dem Antragsteller mit.

Fraglich ist allenfalls noch, ob ihm die Verpflichtungsentscheidung ebenfalls in einem abschließenden Bescheid mitzuteilen ist, obwohl die Entscheidung gem. Art. 21 I veröffentlicht wird. Dies ist m. E. zu bejahen, weil er Verfahrensbeiträger ist. Auch wird man dem Antragsteller das Recht einräumen müssen, über Art. 175 III zu erzwingen, daß die Kommission die Unterlassung des Verstoßes notfalls gem. Art. 10 I a VO 17 durchsetzt. Denn das Antragsrecht richtet sich letztlich auf die Beseitigung des Verstoßes, zu der die Kommission nach Art. 89, 175 d. V. verpflichtet ist.

c) Es bleibt schließlich zu klären, ob auch die Ablehnung des Antrags nach Art. 3 II (als unbegründet) eine "abschließende" Entscheidung auf Grund von Art. 3" i. S. d. Art. 10 III, 21 I darstellt.

Wird der Antrag endgültig - nach Anhörung des Beschwerdeführers gem. Art. 6 VO 99 - abgelehnt, so ist das Verfahren damit abgeschlossen. Die Ablehnung ist eine an den Antragsteller gerichtete Entscheidung¹⁹⁾, weil sie für ihn verbindlich, d. h. formell unanfechtbar wird, wenn er nicht innerhalb der Frist des Art. 173 III d. V. Nichtigkeitsklage erhebt (die Untätigkeitsklage ist nach Art. 175 III nur zulässig, wenn die Kommission den Antragsteller innerhalb der Fristen des Art. 175 II überhaupt nicht, also auch nicht abschlägig, bescheidet). Danach ist die Ablehnung an den Antragsteller zu richten und zu begründen (Art. 190); sie ist eine das Verfahren nach Art. 3 VO 17 "abschließende" Entscheidung, vor deren Erlaß gem. Art. 10 III der Beratende Ausschuß anzuhören ist und gegen die der Rechtsweg nach Art. 173 offensteht (vgl. § 11 II 2).

Folglich muß die Ablehnung auch als "Entscheidung nach Art. 3" i. S. d. Art. 21 I angesehen werden. Ein Indiz für die hiermit übereinstimmende Ansicht der Kommission könnte es sein, daß sie dem Antragsteller - wie einem Beteiligten nach Art. 19 I VO 17 - in Art. 6 VO 99 ausdrücklich das Recht eröffnet hat, vor einer ablehnenden Entscheidung Stellung zu nehmen.

Gegen diese Auslegung kann nicht eingewendet werden, daß dann die Ablehnung jeder offensichtlich unbegründeten Beschwerde zu veröffentlichen wäre. Meist wird es in solchen Fällen schon an einem berechtigten Interesse (Art. 3 II b) mangeln, so daß der Antrag als unzulässig abzuweisen ist, falls er nicht zurückgenommen wird.

19) so auch Deringer Art. 3 N. 7 u. Art. 19 N. 20; eingehend Steindorff, AWD 1963, 353 ff 354/55

In Nummer 130 des Berichts Deringer heißt es, bei Beschwerden genüge es, wenn die "etwa ergehende" (also nur die stattgebende?) Entscheidung der Kommission veröffentlicht werde. Daraus spricht nicht notwendig ein gegenteiliger Wille des Binnenmarktausschusses. Nach dem Willen des Ausschusses (Bericht, Nr. 127) sollten gerade die für das Kartell günstigen Entscheidungen jeder Art auch im Interesse der Rechtssicherheit der beteiligten Unternehmen veröffentlicht werden. Die Ablehnung von Beschwerden "berechtigt Interessierter" wird zudem der Kommission Gelegenheit geben, ihre Rechtsauffassung abzuklären, und jedenfalls dient die Veröffentlichung der "Förderung der Rechtssprechung und zur Unterrichtung der übrigen Wirtschaft" (Bericht, Nr. 127).

d) Falls der Antrag nach Art. 3 II a VO 17 von einem Mitgliedstaat gestellt worden ist, gilt grundsätzlich nichts Abweichendes. Beispielsweise umfaßt auch Art. 6 VO 99 einen solchen Antrag. Nach Art. 173 I d. V. steht den Staaten ohnehin der Rechtsweg gegen das "Handeln" der Kommission, mit Ausnahme der Empfehlungen und Stellungnahmen, offen (s. a. Art. 175 I).

C. Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten

Die Kommission hat nach Eingang eines Antrags zur Feststellung von Verstößen gem. Art. 10 I VO 17 den "zuständigen Behörden" der sechs Mitgliedstaaten unverzüglich je eine Abschrift des Antrags und der wichtigsten Schriftstücke zu übermitteln.

Welche Behörden in Frage kommen und wie sich die Zusammenarbeit mit den nationalen Kartellbehörden gestaltet, ist bereits in § 6 I B erörtert worden; für das Verfahren nach Art. 3 ergeben sich keine Unterschiede. Bemerkenswert ist, daß die Kommission nach dem Wortlaut des Art. 10 II nur "die in Abs. 1 genannten Verfahren", d. h. die auf Antrag eingeleiteten Verfahren nach Art. 3 "in enger und stetiger Verbindung" mit den Behörden der Mitgliedstaaten durchzuführen hat. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift muß Art. 10 II aber auch für die Fälle gelten, in denen die Kommission von Amts wegen einen Verstoß feststellen möchte. Schon der ursprüngliche Vorschlag der Kommission hatte in Art. 8 I²⁰⁾ vor Erlass einer von Amts wegen getroffenen Verpflichtungsentscheidung die obligatorische "Anhörung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" vorgesehen. Art. 7 I 2 des vom Parlament angenommenen Änderungsvorschlags des Binnenmarktausschusses²¹⁾ bestimmte außerdem ausdrücklich:

20) s. o. § 5 II 3

21) s. Bericht Deringer S. 42 u. ABl. S. 1413/61

"Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten werden an der Prüfung der Anträge sowie an den Verfahren, die die Kommission von Amts wegen einleitet, beteiligt".

Da nicht zu vermuten ist, daß der Rat hiervon abweichen wollte, und im übrigen Art. 10 II auch so gelesen werden kann, daß er lediglich auf das gesamte Verfahren nach Art. 3 verweist, hat die Kommission im Verfahren von Amts wegen nicht nur den Ausschuß anzuhören, sondern auch stetige Verbindung mit den nationalen Kartellbehörden zu halten.

D. Da die Art. 11 - 14 der VO 17 allgemein gelten, ergeben sich, was die Ermittlungsbefugnisse der Kommission betrifft, keine Unterschiede zu dem oben in § 6 I C Ausgeführten. Im Verfahren nach Art. 3 wird die Kommission allerdings regelmäßig zu ermitteln haben, weil sie den beteiligten Unternehmen einen Verstoß nachweisen muß und in deren Rechtskreis eingreifen will. Hierauf deutet auch Abschnitt IV des Formblatts C hin.

E. Rechtliches Gehör

1) Gemäß Art. 19 I VO 17 i. V. m. der VO 99/63/EWG muß die Kommission vor "Entscheidungen auf Grund des Art. 3" den an der verdächtigen Absprache oder Verhaltensweise beteiligten Unternehmen Gelegenheit geben, sich zu den von ihr in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern.

Wie oben (B 4) ausgeführt ist, wird die Feststellung des Verstoßes, auch wenn sie auf Antrag erfolgt, nicht notwendig in Form einer gem. Art. 21 zu veröffentlichenden Entscheidung getroffen, es sei denn, sie wäre in einer ablehnenden Entscheidung über einen Antrag nach Art. 2 oder über eine Anmeldung enthalten. In einer Empfehlung nach Art. 3 III liegt zwar die Feststellung; eine Entscheidung i. S. der Art. 10 III, 19 I, 21 I VO 17 ist sie aber gerade nicht. Geht die Kommission also vorerst nach Art. 3 III vor, so brauchen die Beteiligten zuvor nicht förmlich angehört zu werden. Die Kommission kann vielmehr - wie z. B. in der Faience-Empfehlung²²⁾ geschehen - mit der Empfehlung die Aufforderung verbinden, sich gem. Art. 19 I innerhalb bestimmter Frist

22) s. O. FN 18; in diesem Fall konnte der wesentliche Inhalt des Akts veröffentlicht werden, weil darin zugleich die Ablehnung eines Antrags nach Art. 2 und einer Anmeldung mit dem Ziel des Art. 85 III durch Entscheidung ausgesprochen wurde.

"zu den ... in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern, die sich aus der Begründung dieser Empfehlung ergeben".

Beschwerdepunkte sind alle Umstände, die nach Ansicht der Kommission den Erlaß einer Entscheidung nach Art. 3 I rechtfertigen können ²³⁾.

Im übrigen gelten auch für das Verfahren nach Art. 19 II 2 VO 17 i. V. m. Art. 5, 7 ff VO 99 keine Besonderheiten gegenüber dem zum Verfahren nach Art. 2 VO 17 Dargelegten.

Eine Veröffentlichung des Antrags nach Art. 3 II auf Grund Art. 19 III findet nicht statt: betroffen von der beantragten Entscheidung sind nur die beteiligten Unternehmen i. S. d. Art. 19 I.

2) Wie oben B 5 ausgeführt, liegt in der Ablehnung als unbegründet eine an den Antragsteller gerichtete Entscheidung. Deshalb hat sich die Kommission (in entsprechender Anwendung des Art. 19 I) mit Art. 6 ihrer VO 99 verpflichtet, dem Antragsteller zuvor mitzuteilen, aus welchen Gründen sie der Meinung ist, daß die von ihr ermittelten Umstände es nicht rechtfertigen, dem Antrag stattzugeben. Innerhalb einer von ihr festzusetzenden Frist kann der Beschwerdeführer sodann etwaige schriftliche Bemerkungen mitteilen. Die Kommission muß ihm gem. den Art. 7 ff VO 99 Gelegenheit zur mündlichen Erläuterung geben, wenn dieser in seiner schriftlichen Äußerung darauf anträgt und ein "ausreichendes Interesse" (an der mündlichen Anhörung) glaubhaft macht. Fraglich ist, ob Art. 6 VO 99 auch für den Fall gilt, daß die Kommission den Antrag für unzulässig hält, insbesondere, wenn sie das berechtigte Interesse des Antragstellers für nicht dargetan erachtet. M. E. ist die Frage zu bejahen, weil der Antragsteller nicht von einer Zurückweisung überrascht werden soll. Auch läßt sich aus Art. 6 keine Begrenzung auf zulässige aber unbegründete Anträge herleiten ²⁴⁾. Da der Artikel 6 VO 99 sich schlechthin auf den "nach Art. 3 Abs. 2 VO 17 gestellten Antrag" bezieht, gilt er auch für den Antrag eines Mitgliedstaats nach Art. 3 II a.

23) Nach Ansicht von Weyer (DB 1962, 327) u. Gleiss/Hirsch (Art. 19 N. 2) soll sich die Anhörung nur dann erübrigen, wenn die Kommission die Beschwerde ohne nähere Prüfung als böswillig oder offensichtlich unbegründet zurückweisen will. A. M. Deringer (Art. 19 N. 6) im Anschluß an Eckert (DB 63, 1311) u. Tessin (AWD 63 232).

24) zum Negativattest vgl. § 6 I D 2 a)

F. Anhörung des Beratenden Ausschusses

1) Nach Art. 10 III/I VO 17 ist "vor jeder Entscheidung, die ein Verfahren (zur Feststellung von Verstößen gegen Art. 85 oder 86 d. V.) abschließt", der Beratende Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen anzuhören. Wie oben unter B 4/5 c ausführlich dargelegt, sind solche "abschließenden Entscheidungen"

(a) die Ablehnung des Antrags als unbegründet und

(b) die Verpflichtungsentscheidung nach Art. 3 I VO 17,

Soll diese Entscheidung später durch

(c) Verhängung von Zwangsgeldern nach Art. 16 I a

durchgesetzt werden, so ist der Ausschuß gem. Art. 16 III nochmals zu hören.

Ob die Verpflichtungsentscheidung auf Antrag oder von Amts wegen ergeht, ist gleichgültig.

2) Die Frage, ob der Beratende Ausschuß auch vor Erlass einer Empfehlung nach Art. 3 III anzuhören ist, wurde oben (B 4) bereits grundsätzlich verneint, weil der Empfehlung keine Feststellung in Form einer Entscheidung vorhergeht. Im übrigen spricht auch Art. 10 III im offenen Gegensatz zu Art. 3 III nur von "Entscheidungen".

Gleichwohl hält es Deringer²⁵⁾ für "zweckmäßig", den Ausschuß auch vor der Empfehlung zu hören, "weil die Empfehlung eine gewisse Vorentscheidung für die u. U. folgende Abstellungsentscheidung enthält". Dem ist nicht beizutreten, zumal es nach der hier vertretenen Ansicht auch keiner vorhergehenden Anhörung der Beteiligten gem. Art. 19 I bedarf (s. o. E 1). Die Empfehlung soll es nach dem System der VO 17 gerade ermöglichen, ohne langwieriges Verfahren und ohne Veröffentlichung, dafür aber auch ohne Präjudizierung des späteren Verfahrens "einzuschreiten". Zwar ist Deringer darin zuzustimmen, daß in der Stellungnahme eine "gewisse Vorentscheidung" liegt. Andererseits ist diese Vorentscheidung nicht bindend, weil sich im Verlaufe der gem. Art. 19 u. 10 III obligatorischen Anhörungen sowie auf Grund von Ermittlungen noch neue Tatsachen und Gründe ergeben können. Es besteht also kein Anlaß, gegen den Wortlaut des Gesetzes eine Pflicht zur Anhörung auch vor Empfehlungen zu fordern. Über die Ansicht der Kommission läßt sich aus dem Faience-Fall²⁶⁾ nichts entnehmen; dort war der Ausschuß schon deshalb anzuhören, weil zugleich ein Antrag nach Art. 2 und eine Anmeldung nach Art. 4 VO 17 ablehnend beschieden werden sollten.

25) Art. 10 N. 8

26) s. o. FN 18

3) Fraglich ist, ob der Ausschuß auch zu konsultieren ist, wenn die Kommission den Antrag als unzulässig zurückweisen möchte.

Daß eine solche Entscheidung möglich sein muß, ergibt sich nicht nur aus den Formvorschriften der VO 27 (s.o. A 3 b), sondern insbesondere auch daraus, daß der Antragsteller nach Art. 3 II b ein berechtigtes Interesse darlegen muß. Mezger²⁷⁾ ist der Ansicht, aus der Einrichtung des Negativattests sei zu entnehmen, daß die Kommission nicht nur - was "selbstverständlich" sei - einen Antrag als "offenbar unzulässig oder unbegründet" ohne nähere sachliche Prüfung zurückweisen, sondern auch entscheiden könne, nach den ihr bekannten Tatsachen finde sie keinen Anlaß einzuschreiten. Die Kommission habe also mindestens die Befugnis, vielleicht sogar die Pflicht, die Eröffnung eines Verfahrens zu verweigern, wenn die ihr bereits bekannten und die ihr vom Antragsteller mitgeteilten Tatsachen nicht einen ausreichenden Verdacht für das Vorliegen der in Art. 85 Abs. 1 enthaltenen Voraussetzungen begründen." Dem ist m.E. grundsätzlich zuzustimmen. Um Mißverständnissen vorzubeugen, muß allerdings klargestellt werden, daß die auf einen Antrag nach Art. 3 II b ergehende "Entscheidung", es bestehe kein Anlaß einzuschreiten, mangels Antrags der Beteiligten kein Negativattest wäre. Auch besteht kein Grund, außer einer Zurückweisung des Antrags als unzulässig noch eine "Zurückweisung als offenbar unbegründet" einzuführen. Gegen eine solche Zurückweisung, die im Ergebnis auf die mangelnde Schlüssigkeit der Begründung eines (zulässigen) Antrags gestützt wäre, spricht, daß im Verfahren vor der Kommission die Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln sind²⁸⁾, d.h.: auch die den Antrag möglicherweise begründenden Tatsachen. Die nach Art. 3 II b anzustellende Vorprüfung des Antrags reicht aus, um offensichtlich inhaltbare Anträge von vornherein auszuschalten; in diesen Fällen wird der Beschwerdeführer schon nicht in der Lage sein, ein berechtigtes Interesse darzulegen. Fehlt dieses Erfordernis des Antrags, so ist er unzulässig. Dies scheint auch Mezger zu meinen, wenn er die "Befugnis der Kommission, die Eröffnung des Verfahrens zu verweigern", annimmt.

Wird aber ein sachliches "Verfahren zur Feststellung eines Verstoßes" Art. 10 I) gar nicht erst eröffnet (vgl. "eingeleitet" i. S. d. Art. 9 III), dann bedarf es auch keiner "Entscheidung, die ein solches Verfahren abschließt" (vgl. Art. 10 III). Der Beratende Ausschuß braucht daher nicht gehört zu werden²⁹⁾. Es bedeutet keinen Widerspruch zu dieser Auffassung, wenn oben (E 2) gleichwohl die Anhörung auf Grund von Art. 6 VO 99 gefordert wurde. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verdrängt in diesem Fall prozeßökonomische Erwägungen.

27) AWD 1963, 84 ff 85

28) vgl. Steindorff, AWD 1963, 353 ff 360

29) vgl. z. Negativattest o. § 6 II B 1

Auch ein Antragsteller, der - möglicherweise aus Rechtsunkenntnis - eine unzureichend begründete Beschwerde einreicht, muß vor Überraschungsentscheidungen geschützt sein.

II. Die EntschlieÙung der Kommission

A. Voraussetzungen einer sachlichen Erklärung

Zur Verdeutlichung ist hier nicht von einer sachlichen "Entscheidung" die Rede, weil die Kommission auch eine Empfehlung nach Art. 3 III VO 17 nur abgeben darf, wenn die Einleitung eines Verfahrens zur Abgabe einer Entscheidung nach Art. 3 I zulässig wäre.

1) Da die Kommission auch von Amts wegen nach Art. 3 VO 17 einschreiten kann, ist ein ordnungsgemäÙer Antrag nach Art. 3 I keine Verfahrensvoraussetzung. Formelle Mängel des Antrags (s. o. I A 1 und 3) haben im Verhältnis zum Antragsteller zur Folge, daß dieser kein Recht auf sachliche Entscheidung über seinen Antrag hat.

Eutprechendes gilt, wenn der Antragsteller kein berechtigtes Interesse darlegt. Der Beschwerde kommt in diesem Fall nur die Bedeutung einer Anregung zu, ein Verfahren von Amts wegen zu eröffnen³⁰⁾.

2) Wichtiger als im Verfahren zur Erteilung eines Negativattests ist im Verfahren nach Art. 3 in Fällen mit Drittstaatsberührung die Frage, ob die Kommission "behördliche Jurisdiktion" und "internationale behördliche Zuständigkeit" besitzt. Diese Begriffe sind oben (§ 6 II A 3) erörtert worden. Gegen die Zulässigkeit einer sachlichen Entscheidung über einen nach Art. 3 gestellten Antrag konnten dort schon deshalb keine Bedenken auftauchen, weil sich die beteiligten, außerhalb des Gemeinsamen Marktes ansässigen Unternehmen mit ihrem Antrag der Ausübung behördlicher Jurisdiktion durch die Kommission unterwerfen. Anders im Verfahren nach Art. 3; hier wird die Kommission in der Regel ohne Antrag der Beteiligten tätig. Stellt sie auf Grund von Auswirkungen im Gemeinsamen Markt einen VerstoÙ fest, so richtet sie zumindest eine Empfehlung, notfalls aber eine Verpflichtungsentscheidung an die Beteiligten, die nach Art. 16 erzwingbar ist.

30) Merkblatt 2. Teil I, S. 8

Es fragt sich also, ob die Kommission an Unternehmen außerhalb der EWG

- (a) Empfehlungen nach Art. 3 III,
- (b) Auskunftsverlangen nach Art. 11 (vgl. § 6 I C 1),
- (c) Entscheidungen nach Art. 3 I oder sogar
- (d) Zwangsgeldbescheide nach Art. 16 I a VO 17

richten kann, falls sie zu der Ansicht gelangt ist, daß sich die Wettbewerbsbeschränkungen im Gebiet des Gemeinsamen Marktes auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirkt.

Da sowohl die Anwendbarkeit des materiellen Kartellrechts der EWG als auch die internationale behördliche Zuständigkeit der Kommission von der Auswirkung in der EWG abhängen, würde sich die Frage nach der internationalen Zuständigkeit häufig erst mit den von Art. 85 I, 86 aufgeworfenen schwierigen materiellrechtlichen Fragen beantworten, nämlich dann, wenn feststeht, ob ein Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" bezweckt oder bewirkt und geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Einmal muß die Kommission aber bei Eingang eines Antrags zunächst prüfen, ob sie überhaupt ein Verfahren "einleiten" kann. Außerdem kann die Kommission ihre "Jurisdiktion" nur dann sinnvoll und erfolgreich - d. h. notfalls erzwingbar - ausüben, wenn zu der (im Verfahren im einzelnen zu erweisenden) sachlich-örtlichen Beziehung der Beteiligten zum Gemeinsamen Markt eine persönlich-örtliche Beziehung tritt, "die ein geordnetes, die Tatsachen erweisendes Verfahren ermöglicht und es als fair und zumutbar für den ausländischen Betroffenen erscheinen läßt". Wie bei § 98 II GWB macht es auch nach Art. 85, 86 d. V. "nicht materiellrechtlich, ... doch verfahrensrechtlich bei gleicher Inlandsauswirkung einen entscheidenden Unterschied, ob das ausländische Unternehmen sich ausschließlich im Ausland oder auch im Inland betätigt hat, sei es selbst, sei es durch Vertreter, eine Niederlassung, eine Tochtergesellschaft, die Deponierung von Vermögen o. ä." ³¹⁾ Bevor noch die Kommission etwaige völkerrechtliche Schranken ihrer Jurisdiktion in Betracht zieht, wird sie daher prüfen, ob die in einer Beschwerde nach Art. 3 II VO 17 beschuldigten Unternehmen aus Nichtmitgliedstaaten überhaupt eine persönlich-örtliche Beziehung zum Gemeinsamen Markt in dem genannten Sinne besitzen. Diese kann sie z. B. annehmen, wenn die Beteiligten ihre Absprache - und sei es nur durch Versandgeschäfte - im Gemeinsamen Markt ausführen (d. h. vor allem: dort als Anbieter oder Nachfrager, z. B. nach den Regeln eines Exportkartells oder sonst nach einem gemeinsamen Plan auftreten), oder wenn die Beteiligten in einem auf Grund der VO 17 von ihnen veranlaßten Verfahren gem. Art. 1 II - III VO 27 einen im Gemeinsamen Markt ansässigen (gemeinsamen) Vertreter

31) I. Schwartz S. 161

bestellt haben ³²⁾. Dabei muß das Verfahren m. E. nicht notwendig durch ihren eigenen Antrag veranlaßt sein; es genügt, wenn der Vertreter gerade auf ein nach Art. 3 VO 17 eingeleitetes Verfahren hin bestellt und der Kommission angezeigt worden ist, weil die Beteiligten damit die Jurisdiktion der Kommission schlüssig anerkennen.

Was die außerdem erforderliche "sachlich-örtliche" Auswirkung des in einer Beschwerde unterbreiteten Verhaltens betrifft, so wird sich die Kommission zur Einleitung eines Verfahrens und im Rahmen der Zulässigkeitserwägungen mit einer "beschränkten Schlüssigkeitsprüfung" begnügen dürfen. Eine sachliche Entscheidung sollte immer dann zulässig sein, wenn nach Art des bekannten Sachverhalts eine Beschränkung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels möglich erscheint. Erweist sich diese vorläufige Annahme nach Abschluß des Verfahrens auf Grund der VO 17 als nicht gerechtfertigt, so wird die Beschwerde als unbegründet abgelehnt, nicht aber als unzulässig zurückgewiesen.

Hat die Kommission - gemäß dem Auswirkungsgrundsatz - nach Feststellung einer persönlich-örtlichen und einer sachlich-örtlichen Beziehung des Sachverhalts ihre verfahrensrechtliche internationale Zuständigkeit grundsätzlich bejaht, so fragt es sich, ob in diesem Einzelfall der Ausübung ihrer behördlichen Jurisdiktion Grenzen durch das Völkerrecht gesetzt sind ³³⁾. "Die erste und wichtigste Einschränkung ..., die das internationale Recht dem Staat auferlegt, ist der Ausschluß jeder Ausübung seiner Macht auf dem Gebiet eines anderen Staates, sofern nicht eine Regel besteht, die dies erlaubt" ³⁴⁾. Aus diesem als Völkerrecht anerkannten Grundsatz der Achtung der Gebietshoheit (Territorialität) folgt die Verpflichtung der Kommission, in Gebieten außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des EWG-Vertrages (s. dessen Art. 227) keine Amtshandlung ohne Genehmigung des fremden Staates vorzunehmen ³⁵⁾.

Danach sind insbesondere Nachprüfungen nach Art. 14 oder 13 VO 17 und die Vollstreckung von Geldbußen (Art. 15) oder Zwangsgeldern (Art. 16) nach Art. 192 d. V. im Hoheitsgebiet von Nichtmitgliedstaaten verboten. Eine Verpflichtungsentscheidung kann also ohne Genehmigung des Drittstaats nur erzwungen

32) Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters von Amts wegen oder auf Antrag interessierter Dritter, wie gem. § 36 II GWB (dazu I. Schwartz S. 159, Reh binder S. 356), ist nach EWG-Recht allerdings nicht möglich.

33) vgl. zu dieser Fragestellung I. Schwartz S. 245/46; Reh binder S. 336 ff

34) so der Ständige Internationale Gerichtshof, Urteil v. 7. 9. 1927 i. S. "Lotus", Entscheidungen Band 5 S. 71 ff 89, zitiert nach I. Schwartz S. 246, 251, der die allgemeine Anerkennung dieses Grundsatzes nachweist.

35) vgl. Hug, Kartelle und Monopole II 603 ff 631; I. Schwartz S. 247 ff

werden, wenn die an dem Verstoß beteiligten Unternehmen über im Gemeinsamen Markt belegenes Vermögen verfügen³⁶⁾. Die Kommission sollte daher in Fällen ohne Vollstreckungsmöglichkeit regelmäßig von der Befugnis nach Art. 3 III VO 17 Gebrauch machen. Empfehlungen sind nach Art. 189 d. V. rechtlich nicht verbindlich, so daß in ihrer Übersendung kein Verstoß gegen die Territorialhoheit liegt. Überhaupt schränkt das Territorialitätsprinzip nicht die staatliche Befugnis ein, Ausländern im Ausland Befehle wegen ihres auf das Inland wirkenden Verhaltens zu erteilen³⁷⁾. Zweifelhaft ist allerdings, ob die Zustellung eines im Inland erlassenen Verwaltungsakts durch die Post im Ausland einen dort vorgenommenen Hoheitsakt darstellt³⁸⁾, zumal wenn die schriftliche Mitteilung - wie im Falle des Art. 3 VO 17 wegen Art. 191 II EWG-Vertrag - eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Entscheidung ist. Das Kartellrecht der EWG kennt bisher kein besonderes Zustellungsverfahren³⁹⁾. Die Kommission kann sich daher nur der jedermann offenstehenden Mittel des internationalen Postverkehrs bedienen. Daher ist in der Übersendung als solcher noch kein Hoheitsakt zu sehen. Im übrigen wird sogar der Erlaß materieller Hoheitsakte gegenüber im Ausland befindlichen Ausländern bei Auswirkung im Inland allgemein für zulässig gehalten⁴⁰⁾. Danach kann die Kommission auch eine Entscheidung nach Art. 3 I an nicht der EWG angehörige Unternehmen außerhalb des Gemeinsamen Marktes richten und sogar Geldbußen und Zwangsgelder festsetzen⁴¹⁾. Aus den oben genannten Gründen ist lediglich die Vollstreckung außerhalb der EWG ausgeschlossen. Auch ist Art. 2 III VO 99 zu beachten, wonach Entscheidungen nach Art. 15 und 16 nur nach schriftlicher Vorankündigung gegenüber allen Beteiligten zulässig sind.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß Entscheidungsgewalt und internationale verfahrensrechtliche Zuständigkeit der Kommission für Verfahren nach Art. 3 und 16 VO 17 bei Vorliegen sachlich- und persönlich-örtlicher Beziehungen des Sachverhalts zum Gemeinsamen Markt und nach Art. 85 I, 86 erheblicher Auswirkungen bejaht werden können. Nur die etwa nötige Durchsetzung nach Art. 16 I a VO 17, nicht aber die schriftliche Mitteilung der Entscheidungen, ist nach Völkerrecht auf das Gebiet der EWG beschränkt.

36) Hug aaO (35) S. 632/33; I. Schwartz S. 273; Rehbinders S. 334

37) I. Schwartz S. 263/64 m. Nachw., 246, 270/71, 283

38) I. Schwartz S. 249 (d)

39) im Gegensatz zum GWB (s. § 57 I und dazu I. Schwartz S. 249/50, Rehbinders S. 360)

40) I. Schwartz S. 272/73

41) Hug aaO (35)

3) Sachliche Zuständigkeit

Auf Grund von Art. 3 VO 17 kann die Kommission nur gegen Zuwiderhandlungen "gegen Art. 85 oder 86 d. V." einschreiten. Auf die betreffende Handlung müssen also sachlich die Art. 85, 86 und außerdem die VO 17 anwendbar sein. Wann dies der Fall ist, wurde bereits allgemein in § 4 und mit Bezug auf das Negativattest in § 6 II A 4 erläutert. Diese Grundsätze gelten entsprechend für das Verfahren nach Art. 3.

Empfehlungen und Entscheidungen auf Grund dieser Vorschrift sind somit unzulässig, wenn die an der fraglichen Handlung beteiligten Unternehmen unter Art. 80 EGKS-Vertrag fallen oder mit Stoffen i. S. von Art. 197 Euratom-Vertrag handeln.

Bezieht sich die Handlung, wegen der ermittelt wird, auf landwirtschaftliche Erzeugnisse i. S. d. Art. 38 EWG-Vertrag und der VO 26, so ist der Antrag zulässig; denn nach Art. 1 VO 26 finden die Art. 85-90 und die VO 17 auf die Landwirtschaft Anwendung. Nach Art. 2 I VO 26 gilt lediglich "das Verbot des Art. 85 I" nicht für gewisse Kartelle. Ob die Voraussetzungen dieser Ausnahme vorliegen, entscheidet ausschließlich die Kommission (Art. 2 II - IV). Fällt eine Absprache tatsächlich unter diese Ausnahme, so ist eine Entscheidung nach Art. 3 VO 17 nicht unzulässig, sondern unbegründet; mithin ist das Verfahren nach der VO 17 einzuhalten.

Erfüllt der Sachverhalt dagegen Art. 1 der VO 141 über den Verkehr, so sind damit ausdrücklich die Verfahrensregeln der VO 17 ausgeschlossen. Empfehlungen oder Entscheidungen nach Art. 3 u. 16 VO 17 sind unzulässig⁴²⁾. Zur Abstellung einer festgestellten Zuwiderhandlung auf dem Verkehrsmarkt ist das Verfahren nach Art. 89 d. V. durchzuführen. Hier entspräche ein an die Unternehmen gerichteter "Vorschlag geeigneter Mittel, um den Verstoß abzustellen" (Art. 89 I 3), einer Empfehlung nach Art. 3 III VO 17; doch kommen auch die Mitgliedstaaten als Adressaten in Betracht⁴³⁾.

Die Druckmittel der Kommission sind jedoch geringer: Zwar kann sie die Zuwiderhandlung förmlich feststellen (Art. 89 II 1) und diese Entscheidung veröffentlichen (II 2). Es fehlt aber an einer erzwingbaren Verpflichtungsmöglichkeit. Vielmehr kann die Kommission lediglich "die Mitgliedstaaten ermächtigen, die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu treffen, deren Bedingungen und Einzelheiten sie festlegt". Letzteres wird vor allem dann angezeigt sein, wenn ein Mitgliedstaat nach Art. 89 I 2 eine Beschwerde eingereicht hatte. "Abhilfemaßnahmen" sind nicht auf das Antragsverfahren oder auf "Schutzmaßnahmen

42) Deringer, Art. 87 N. 33 c)

43) Everling Art. 89 N. 3

der geschädigten Mitgliedstaaten" beschränkt⁴⁴⁾. Art. 89 II 2 ist im Zusammenhang mit den vorhergehenden Sätzen zu lesen und dient damit auch dem von Amts wegen zu verfolgenden Auftrag der Kommission, Verstöße abzustellen. Da Art. 89 kein Antragsrecht Privater vorsieht, haben Beschwerden von Personen nur den Charakter von Anregungen, ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten.

Für die öffentlichen und beliefenen Unternehmen i. S. d. Art. 10 EWG-Vertrag gilt das in § 6 II A 4 Gesagte. Danach sollte eine sachliche Entscheidung nach Art. 3 - und damit ein ausführliches Verfahren insbesondere unter Einschaltung der nationalen Kartellbehörden und des Beratenden Ausschusses - auch dann zulässig sein, wenn nach Ansicht der Kommission die besonderen Voraussetzungen des Art. 90 II 1 (a. E.) vorliegen. Stets ist nämlich die schwierige sachliche Frage zu entscheiden, ob die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Maße beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft; Art. 90 II 2. Selbst wenn man also Art. 90 II als Teilnahme von den Sachnormen ansieht, besteht kein Grund, die auch im Interesse der Klärung von Rechtsfragen geschaffenen Verfahrensregeln der VO 17 nicht auf jene Unternehmen anzuwenden.

4) Das "berechtigte Interesse" privater Personen (Art. 3 II b) ist keine Entscheidungsvoraussetzung (s. o. 1). Es kommt auf das öffentliche Interesse an der Einleitung eines Abstellungsverfahrens an. Insbesondere muß ein gegenwärtiger Verstoß vorliegen (s. o. I B 1).

Eine frühere Veröffentlichung desselben Sachverhalts gem. Art. 19 III VO 17 ist mangels einer Mitteilungspflicht der Betroffenen grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (s. o. § 6 I D 4 d). Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine Entscheidung (und damit ein Antrag nach Art. 3 II) aber unzulässig, nachdem die Kommission über denselben Sachverhalt ein Negativattest erteilt hat und die Antragsteller nicht nach Art. 173 I (Mitgliedstaaten) oder II (Private) innerhalb der Frist des Art. 173 III Klage erhoben haben. Insoweit steht die "Rechtskraft" des aus bloßen Rechtsgründen unanfechtbaren Negativattests einer erneuten Sachentscheidung entgegen (s. näher unten § 8 C 2). Bedenkt man, daß nach Art. 2 VO 17 jede neue Tatsache die "Wiederaufnahme" rechtfertigt und Art. 19 III keine Ausschlußwirkung begründet, so erscheint dieses Ergebnis sachgerecht.

5) Es fragt sich, ob die Kommission nach Art. 3 VO 17 Handlungen verbieten darf, nachdem ein Zivilgericht den Beteiligten rechtskräftig die Durchsetzung

44) a. M. Everling, Art. 89 N. 5

eben dieser Handlungen zugesprochen hat, d. h., ob die Rechtskraft von Zivilurteilen der Zulässigkeit von Maßnahmen nach Art. 3, 16 VO 17 entgegenstehen kann.

Rechtskräftige Urteile wirken jedoch nur für und gegen die Parteien und ihre Rechtsnachfolger (vgl. z. B. § 325 ZPO). Soweit Zivilgerichte "Negativatteste erteilen", also Kartelle etwa auf Feststellungsklagen hin für wirksam und somit für "mit Art. 85 vereinbar" erklären, berührt dies das verwaltungsrechtliche Verhältnis zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen auch dann nicht, wenn der Kommission und dem Gericht der gleiche Sachverhalt vorliegt⁴⁵. Abgesehen davon ist in den nationalen Rechten keine dem Art. 9 III VO 17 entsprechende Regel für den Fall der "Einleitung" eines Zivilprozesses enthalten. Widerspricht der Verpflichtungsbefehl einer Entscheidung nach Art. 3 VO 17 dem Tenor eines Zivilurteils, dann wird dem Beklagten die Erfüllung des Urteilspruchs rechtlich unmöglich, weil sie ihn den Sanktionen nach Art. 15, 16 VO 17 aussetzen würde. Gemäß § 767 ZPO kann er in der Bundesrepublik unter Berufung auf diese nachträgliche Einwendung die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären lassen⁴⁶).

B. Die möglichen Entschließungen der Kommission auf einen Antrag nach Art. 3 II VO 17 sind bereits unter dem Gesichtspunkt, wie der Antragsteller zu bescheiden sei, dargestellt worden (oben IB 5)

1) Der Antrag von Personen und Personenvereinigungen wird als unzulässig zurückgewiesen - d. h.: die Kommission lehnt es ab, ein Verfahren nach Art. 3 "einzuleiten", wenn kein "berechtigtes Interesse" dargelegt ist. Dieser Fall liegt in der Regel auch dann vor, wenn die Begründung des Antrags, für den die VO 27 eine bestimmte Form nicht vorschreibt, offenbar unzulänglich ist (s. o. I F 3). Eine Anzeige kann auch dann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn sie die allgemeinen Regeln der VO 27 (s. o. I A 3 b) nicht erfüllt.⁴⁷⁾

45) zur Bindungswirkung des Negativattests gegenüber den Gerichten s. u. § 10 II 3

46) zur umgekehrten Frage der Bindung des Zivilgerichts an Entscheidungen nach Art. 3 VO 17 s. u. § 10 III 2 c - d

47) Auch Steindorff (AWD 1963, 360 I) hält es für möglich, "eine Anzeige überhaupt nicht als Antrag nach Art. 3 VO 17 zu qualifizieren".

Schließlich ist der Antrag unzulässig, wenn die Kommission international (s. o. A 2) oder sachlich (A 3) nicht für die Entscheidung zuständig ist.

2) Ist eine sachliche EntschlieÙung nach Art. 3 VO 17 zulässig, so ergeben die unter I B 5 genannten Akte der Kommission, d. h.

- a) eine - die Feststellung des VerstoÙes einschließende, an die Beteiligten gerichtete Empfehlung nach Art. 3 III, die dem evtl. Antragsteller in Form eines Zwischenbescheids mitgeteilt wird (s. o. I B 5);
- b) eine Verpflichtungsentscheidung nach Art. 3 I, die bei Vorliegen eines zulässigen Antrags nach Art. 3 II auch dem Antragsteller mitzuteilen ist;
- c) die an den Antragsteller gerichtete Ablehnung des - zulässigen - Antrags als unbegründet.

3) Nach dem Wortlaut des Art. 3 VO 17 kann die Kommission nur "eine" bestimmte festgestellte Zuwiderhandlung abstellen. Eine allgemeine Erklärung der Kommission, daß gewisse Typen von Absprachen usw. verbotswidrig und daher abzustellen seien, fielen nicht unter Art. 3 und könnten nur als "interpretierende Erklärung" ⁴⁸⁾ gewertet werden. Ein darauf gerichteter Antrag - z. B. eines Verbraucherverbandes oder eines Mitgliedstaates - wäre daher mangels Bestimmbarkeit des VerstoÙes unzulässig. Gegen Gruppen von Absprachen kann die Kommission nach Art. 3 also nur einschreiten, wenn die Entscheidungen nach Art. 3 I und evtl. 16 I a sämtlichen an den Verstößen beteiligten Unternehmen gem. Art. 191 II d. V. bekanntgegeben werden kann; die Veröffentlichung nach Art. 21 VO 17 reicht nicht aus ⁴⁹⁾.

C. Sachliche Voraussetzungen der Erklärungen nach Art. 3 I u. III

1) Bei der Erörterung des Ziels des Verfahrens nach Art. 3 (s. o. I B 1) war geklärt worden, daß nicht in der Vergangenheit geschehenes Unrecht geahndet, sondern ein gesetzmäßiges Verhalten in der Zukunft erreicht werden soll. Es muß

48) vgl. Schlochauer (JZ 1963, 109 IV; s. dazu § 6 II B 3), der in diesem Zusammenhang allerdings nur von solchen Erklärungen spricht, nach denen "gewisse Gruppen oder Formen ... während einer bestimmten Epoche der Übergangszeit nicht unter das Verbot des Art. 85 I EWG-Vertrag fallen."

49) vgl. Wohlfarth, Art. 191 N. 2

also eine gegenwärtige Zuwiderhandlung vorliegen, die abgestellt, d. h. deren Unterlassung durchgesetzt werden soll.

Es fällt auf, daß Art. 3 I im Gegensatz zu Art. 2 und 15 II a VO 17 von Verstößen "gegen Art. 85", nicht: gegen Art. 85 "Abs. I", spricht. Schon in Art. 89 I 2 d. V. ist von Zuwiderhandlungen "gegen die in Art. 85 niedergelegten Grundsätze" die Rede. Diese Formulierung erklärt sich daraus, daß die Kommission nur "auf Grund von Art. 85 I" einschreiten kann, während andererseits keine "Zuwiderhandlung gegen Art. 85" vorliegt, wenn ein Verhalten Art. 85 I erfüllt und durch Erklärung nach Art. 85 III vom Verbot ausgenommen ist.

Grundsätzlich sind also die Kriterien des Art. 85 III nur dann bei der Entscheidung zu berücksichtigen, wenn die Zuwiderhandlung angemeldet ist (Art. 6 I 2 VO 17). In diesem Fall kann die Kommission einen nach Art. 3 II gestellten Antrag mit der Begründung ablehnen, das Verbot des Abs. I sei nach Abs. III für nicht anwendbar zu erklären. Eine solche Entscheidung ist auch dann statthaft, wenn es sich um ein unter Art. 4 II oder 5 II VO 17 fallendes Verhalten handelt, weil nach Art. 6 II eine rückwirkende Freistellung möglich ist. Folgt man der unter anderem von der Kommission⁵⁰⁾ vertretenen Ansicht, daß die an einer Absprache i. S. d. Art. 4 II Beteiligten "auch ohne formelle Anmeldung" eine Erklärung nach Art. 85 III erlangen können, so kann die Kommission in diesen Fällen sogar von Amts wegen die in einer Beschwerde bezeichnete Handlung nach Abs. III würdigen und freistellen. Hier wird deutlich, daß in den praktisch wichtigen Fällen des Art. 4 II Art. 85 III tatsächlich als "Legalausnahme" gestaltet worden ist.

Um die in den genannten Fallgruppen zulässige Einbeziehung der Würdigung nach Art. 85 III zu ermöglichen, spricht der Rat in Art. 3 I VO 17 - wie schon Art. 89 d. V., die Kommission (Art. 8) und das Parlament (Art. 1 B) - wohl bewußt von Zuwiderhandlungen "gegen Art. 85".

2) Nach dem oben⁵¹⁾ zur Feststellungslast Gesagten setzt eine Entscheidung nach Art. 3 I voraus, daß die Kommission(u. U. mit Unterstützung des Antragstellers) das Vorliegen eines (bei Antragstellung) gegenwärtigen Verstoßes nachweist. Dagegen bleibt es der Kommission unbenommen, eine Empfehlung nach Art. 3 III an die Beteiligten zu richten, auch wenn sie einen Verstoß nicht mit Sicherheit feststellen kann. Wird die Empfehlung nicht befolgt, so hat die Kommission Gelegenheit, die Sache erneut zu überprüfen und insbesondere ab-

50) Merkblatt 2, Teil III 3 a, S. 11; s. dazu o. § 3 II 3 FN 13

51) § 6 II C 3 c, d

zuwägen, ob sie im Falle einer Nichtigkeitsklage der Beteiligten in der Lage wäre, den EuGH ⁵²⁾ vom Vorliegen des Verstoßes zu überzeugen ⁵³⁾.

3) Da der Erlass einer Entscheidung nach Art. 17 I eine Form des Einschreitens i. S. d. Art. 2 VO 17 darstellt, ist diese grundsätzlich an dieselben Voraussetzungen geknüpft, die zur Versagung eines Negativattests berechtigen ⁵⁴⁾. Daraus ist aber nicht umgekehrt zu schließen, daß die Kommission einen Antrag nach Art. 17 II immer dann ablehnen mußte oder auch nur durfte, wenn sie ein Negativattest erteilt hat. Wie oben dargelegt ⁵⁵⁾, ist die Kommission auf Grund von Art. 2 VO 17 ermächtigt, in Bagatellfällen aus Opportunitätsgründen das Negativattest zu erteilen. Allerdings haben die Kartellmitglieder dann keinen Rechtsanspruch. Die wurde gerade damit begründet, daß mit einem solchen Attest nicht notwendig "das Fehlen eines Verstoßes", sondern nur das "Fehlen eines Verstoßes, der Anlaß zum Einschreiten von Amts wegen bietet", festgestellt wird. Es kommt hinzu, daß die Aufforderung an betroffene Dritte nach Art. 18 III VO 17 keine Absenkerwirkung hat ⁵⁶⁾. Mithin sind Fälle denkbar, in denen die Kommission zunächst mit Recht das öffentliche Interesse am Einschreiten verneint, später ein berechtigtes privates Interesse (Art. 3 II b) aber gleichwohl bejaht. Ein solches Interesse ist dann zumindest gegenüber einem Bagatellfallattest eine erhebliche Tatsache, die der Kommission bei der Erteilung unbekannt war. Dies gilt auch dann, wenn dieses Interesse bei Erteilung des Attests nahelag.

4) Handelt es sich um den Antrag eines Mitgliedstaats nach Art. 3 II a VO 17, so muß ein besonderes Interesse nicht dargelegt werden. Andererseits wird es selten vorkommen, daß die Kommission einen solchen Antrag - das Vorliegen eines Verstoßes unterstellt - als Bagatellfall behandelt. Aber selbst wenn sie aus Opportunitätsgründen ein Negativattest erteilen möchte, ist sie hieran regelmäßig dann gehindert, wenn ein Mitgliedstaat - nach Art. 10 II oder durch seinen Antrag nach Art. 3 II a - zu erkennen gibt, daß er den Verstoß nicht leicht nimmt, weil dann immerhin ein möglicher "Anlaß" zum Einschreiten nach Art. 3

52) gem. Art. 21 ff der Satzung u. Art. 45 ff der Verfahrensordnung des Gerichtshofs

53) über Erwägungen vom Standpunkt der beteiligten Unternehmen aus - vgl. Gleiss/Hirsch, Art. 3 N. 5

54) s. dazu im einzelnen oben § 6 I C 3

55) § 6 II C 3 e u. 4

56) s. o. § 6 I D 4d, S. 64

besteht ⁵⁷⁾. Hat ein Mitgliedstaat in einem vorhergegangenen Verfahren nach Art. 2 VO 17 dagegen keine Einwände erhoben und ist daraufhin ein Negativattest wegen Geringfügigkeit erteilt worden, so bedarf es zur Begründung eines Antrags nach Art. 3 II a neuer, der Kommission bei der Entscheidung nach Art. 2 unbekannter Tatsachen. Zwar sind auch die Mitgliedstaaten nach Art. 10 II nur "berechtigt, zum Verfahren nach Art. 2 Stellung zu nehmen", nicht aber dazu verpflichtet. Doch sind die Mitgliedstaaten - im Gegensatz zu betroffenen Dritten ⁵⁸⁾ - gem. Art. 10 in jedes Verfahren eingeschaltet. Die Kommission führt jedes Verfahren "in enger und stetiger Verbindung" mit den nationalen Kartellbehörden. Daher wird man letztere doch für "verpflichtet" halten müssen, im Rahmen des Art. 10 VO 17 ihre Bedenken gegen die Behandlung einer Wettbewerbsbeschränkung als unschädlich vorzubringen. Im Interesse der Rechtssicherheit kann es nicht zulässig sein, später ohne Vortrag neuer Tatsachen einen Antrag nach Art. 3 II a zu stellen.

5) Wie bereits dargelegt, hat der nach Art. 3 II VO 17 Antragsbefugte ein über Art. 175 EWG-Vertrag durchsetzbares Recht auf Bescheidung seines Antrags (s. o. I B 5).

Ist der Antrag sachlich begründet, so hat der Beschwerdeführer ein Recht auf das "Einschreiten" zumindest in der schonendsten Form des Art. 3 III VO 17 (s. o. I B 3).

Die ablehnende Entscheidung kann er gem. Art. 173 d. V. anfechten (s. o. I B 5 sowie § 11 II).

D. Veröffentlichung und Begründung der EntschlieÙungen

1) Art. 21 VO 17 schreibt vor, daß auch "Entscheidungen nach Art. 3" unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung" zu veröffentlichen sind.

Die bloÙe Feststellung eines VerstoÙes bedarf nicht der Form einer Entscheidung (s. o. I B 4). Da die VO 17 in den Art. 3, 21 die in Art. 189 d. V. definierten technischen Begriffe "Empfehlung" und "Entscheidung" übernimmt, muß die Kommission Empfehlungen nach Art. 3 III nicht veröffentlichen ⁵⁹⁾; hierzu ist

57) vgl. § 6 II C 3 e

58) die u. U. nur zufällig von der Veröffentlichung nach Art. 19 III erfahren; s. o. § 6 I D 4 d

59) vgl. Deringer, Art. 21 N. 7

sie nur befugt, wenn die Empfehlung mit einer ablehnenden Entscheidung der in Art. 21 I aufgezählten Art verbunden ist.

Zu veröffentlichen sind demnach nur die Entscheidungen nach Art. 3 I sowie die Ablehnung des nach Art. 3 II gestellten Antrags (s. o. I B 5 c), nicht dagegen die Zwangsgeldentscheidung nach Art. 16 I a (Art. 21 I) und die Zurückweisung des Antrags als unzulässig (vgl. o. I F 3).

Die Veröffentlichung nennt die Beteiligten und den wesentlichen Inhalt der Entscheidung; Art. 21 II (vgl. § 6 II D 1). Wird einem Antrag von Personen stattgegeben, so ist insbesondere die tragende Begründung für den Verstoß anzugeben. Da den an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen die vollständige Entscheidung ohnehin bekanntgegeben wird (Art. 191 II d. V.), dient die Veröffentlichung hier - anders als bei Erteilung des Negativattests - nicht dem Rechtsschutz Betroffener, sondern allein der Unterrichtung der Öffentlichkeit. Während die beteiligten Unternehmen nach Art. 21 II stets aufzuführen sind, werden Einzelheiten über Produktion, Vertrieb und Geschäftsverbindung seltener "wesentlich" sein, weil die Zuwiderhandlung "abgestellt", ein mögliches Betroffensein also gerade beseitigt wird.

Der Erteilung eines Negativattests ähnlicher ist dagegen die Ablehnung eines nach Art. 3 II gestellten Antrags durch Entscheidung. Allerdings ist zu bedenken, daß die Ablehnung nicht den erklärten Zweck hat, den beteiligten Unternehmen Rechtssicherheit zu geben. Dieses Ziel ist nur auf Antrag im Verfahren nach Art. 2 VO 17 zu erreichen, wobei zu erwarten ist, daß die Antragsgegner im Verfahren nach Art. 3 vorsorglich einen Antrag nach Art. 2 stellen werden.

Handelt es sich um die bloße Ablehnung einer Beschwerde, so ist "betroffen" nur der Antragsteller. An ihn ist die Entscheidung "gerichtet" (Art. 173 II), weshalb sie ihm vollständig bekanntgegeben wird (Art. 191 II, 173 III). Da die Kommission nicht verpflichtet ist, den nicht betroffenen, zu Unrecht beschuldigten Unternehmen die Entscheidung mitzuteilen, bezweckt die Veröffentlichung, die Beteiligten und die Öffentlichkeit über die tragenden Gründe der Ablehnung zu unterrichten. "Wesentlich" ist hier vor allem, warum das in der Beschwerde unterbreitete Verhalten als unschädlich angesehen wird, damit die beteiligten und andere Unternehmen daraus Folgerungen für die Zukunft ableiten können.

2) Für die Begründung (Art. 190 d. V.) der Entscheidungen nach Art. 3 I (u. 16 I a) VO 17 gelten die oben § 6 II D 1 genannten Grundsätze. Insbesondere müssen die Betroffenen daraus entnehmen können, welche tatsächlichen Feststellungen auf Grund welcher Beweismittel, sowie welche Rechtsauffassung die Kommission ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt hat, damit eine Abwägung der Aussichten einer Klage vor dem Gerichtshof möglich ist. Ob Empfehlungen nach Art. 3 III VO 17 zu begründen sind, ist zweifelhaft. Art. 190

d. V. schreibt die Begründung nur für Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen des Rats und der Kommission vor. Ein Zwang dazu besteht bei den unverbindlichen Empfehlungen und Stellungnahmen (Art. 189 V) also nicht, so daß es kein Verfahrensfehler ist, wenn die Begründung einer Empfehlung unzureichend ist oder ganz fehlt. Aus praktischen Erwägungen wird die Kommission den Beteiligten aber eingehend darlegen, warum sie eine Zuwiderhandlung annimmt. Dies ist schon deshalb ratsam, weil die Empfehlung damit mehr Überzeugungskraft und Gewicht erhält und Entscheidungen nach Art. 3 I erspart werden.

Drittes Kapitel

DIE RECHTLICHE TRAGWEITE DER ENTSCHEIDUNGEN DER KOMMISSION

Nachdem im zweiten Kapitel (§§ 4-7) die positive Regelung des Verfahrens vor der Kommission nach den Art. 2 und 3 der VO 17 dargestellt und gewürdigt worden ist, sind die notwendigen Grundlagen für eine Untersuchung der Tragweite des Negativattests und der Verpflichtungsentscheidung vorhanden. Zunächst gilt es zu klären, inwieweit die Kommission an ihre mit einem Negativattest erklärte Beurteilung eines möglicherweise unter Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag fallenden Sachverhalts gebunden ist (§ 8 II); dies setzt eine Umschreibung der Rechtsnatur des Attests voraus (§ 8 I). In den §§ 9 und 10 soll dann untersucht werden, ob die Entscheidungen der Kommission auch gegenüber den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden der Mitgliedstaaten bindende Wirkungen äußern.

§ 8

SELBSTBINDUNG DER KOMMISSION

I. Rechtsnatur des Negativattests

1) In der Literatur ist man sich darüber einig, daß ein Negativattest angesichts des eingehend geregelten förmlichen Verfahrens (s. o. § 6) nicht nur eine unverbindliche Behördenauskunft ist.

Schumacher ¹⁾ nennt es "mehr als eine bloße Auskunft" und eine "formale Entscheidung", die allerdings "nicht den Charakter einer Erlaubnis" habe, sondern "sehr viel schwächer" sei.

Auch Schlieder ²⁾ geht davon aus, daß es "keine formlose Auskunft, sondern eine auf Antrag getroffene förmliche Feststellung der Kommission" sei; gleichwohl seien dieser Entscheidung "Rechtswirkungen ... nicht beigelegt".

Deringer ³⁾ schließt sich den genannten Autoren an und hebt hervor, das Negativattest sei "eine Entscheidung (Art. 180 Abs. 4) und nicht nur eine Stellungnahme (Art. 189 Abs. 5)". Auch die ausdrückliche Versagung des Negativattests sei als Entscheidung anzusehen, die der Anfechtung nach Art. 173 unterliege.

1) Aussprache 1962, 35 ff 36

2) BB 1962, 305 ff 308

3) GRUR-AIT 1962, 283 ff 285; WuW-Komm. Art. 2 N. 14

Dagegen meint Schlochauer ⁴⁾, das in Art. 19 und 21 VO 17 als Entscheidung bezeichnete Negativattest stehe "zweifelloso den in Art. 189 EWG-Vertrag genannten Entscheidungen nicht gleich". Eine "Verbindlichkeit nach außen" i. S. d. Art. 189 IV entfalte es nicht. Nach dem Wortlaut des Art. 2 VO 17 handele es sich nur um eine "formalisierte Rechtsauskunft darüber, daß die Kommission gegen bestimmte ihr unterbreitete Sachverhalte nicht auf Grund der Art. 85 Abs. 1 und 86 einzuschreiten beabsichtigt" ⁵⁾. Ob das Negativattest eine Entscheidung i. S. von Art. 173 II ist, wird offengelassen ⁶⁾.

2) Rechtstechnisch reiht die VO 17 Erteilung und Versagung des Negativattests in den Art. 10 III, 19 I und 21 I unter die "Entscheidungen" ein.

a) Der Rat hat zudem in der Präambel zur VO ⁷⁾ betont, daß "alle Entscheidungen, welche die Kommission in Anwendung dieser Verordnung erläßt", der Überwachung durch den Gerichtshof unterliegen. Daraus allein ließe sich zwar noch nicht auf den Charakter einer Entscheidung i. S. d. Art. 173 II EWG schließen, zumal der Rat seine Erklärung ausdrücklich unter den Vorbehalt der "im Vertrag bestimmten Voraussetzungen" des Rechtsschutzes gestellt hat. Nach der Entstehungsgeschichte (§ 5), der detaillierten Regelung des Verfahrens (§ 6) und dem daraus zu entnehmenden Sinn und Zweck des Verfahrens dient das Antragsrecht der beteiligten Unternehmen aber gerade dazu, diesen im Falle der Ablehnung eine Rechtskontrolle durch den EuGH zu eröffnen. Aber auch die Erteilung des Negativattests ist als "Entscheidung" i. S. d. Art. 173 II gedacht; denn jedenfalls wird das als Entscheidung bezeichnete Attest an die Antragsteller "gerichtet" ⁸⁾. Es kann an dieser Stelle noch offen bleiben, ob das Negativattest z. B. Mitbewerber "unmittelbar und individuell betreffen" kann. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage muß nach Art. 173 nämlich auch dann selbständig geprüft werden, wenn der Charakter des angegriffenen Aktes als Entscheidung feststeht ⁹⁾.

Eine besondere Frage ist es, ob das Negativattest als "Entscheidung" i. S. d. Art. 189 IV EWG-Vertrag anzusehen ist ¹⁰⁾. Nach dieser Vorschrift ist Kennzeichen

4) JZ 1963, 105 ff 108, IV

5) vgl. ferner das in § 6 FN 141 wiedergegebene Zitat

6) aaO (4) S. 109 (1)

7) vorletzte Erwägung

8) s. o. § 6 II D 3

9) vgl. Schlochauer aaO (6); im einzelnen unten § 11 I. 1a

10) bejahend Deringer, Art. 2 N. 14; verneinend Schlochauer aaO (4)

einer Entscheidung die "Verbindlichkeit für diejenigen, die sie bezeichnet". Es ist Schlochauer ⁴⁾ zuzugeben, daß diese Definition schlecht zum Negativattest paßt. "Bezeichnet" und in der Veröffentlichung anzugeben (Art. 21 II VO 17) sind die an dem unterbreiteten Verhalten beteiligten Unternehmen. Für sie "verbindlich" (obligatoire) kann das Attest schon deshalb nicht sein, weil es ihnen keine Verpflichtung auferlegt, sondern allenfalls eine Aussage über die gesetzliche Pflicht der Kommission zum Einschreiten macht. Wenn das Negativattest auch nicht den Charakter einer Erlaubnis oder Genehmigung hat ¹¹⁾, so ähnelt es doch solchen begünstigenden Verwaltungsakten eher als z. B. einer Verpflichtungsentscheidung nach Art. 3 I. Da in der Regel nicht einmal belastende Nebenbestimmungen mit dem Attest verbunden werden können ¹²⁾, läßt sich auch nicht sagen, daß durch das Negativattest "wechselseitige Pflichten" geschaffen werden ¹³⁾. Auch die zu Art. 14 und 33 II EGKS-Vertrag entwickelten Grundsätze lassen sich nur bedingt heranziehen. So hat der EuGH in der Sache 18/57 (Firma Nold KG gegen Hohe Behörde) ¹⁴⁾ zwar ausgesprochen, daß eine Kartellgenehmigung nach Art. 65 § 2 im Verhältnis zu den beteiligten Unternehmen eine "individuelle Entscheidung" sei und daher nicht gleichzeitig im Verhältnis zu Dritten als "allgemeine Entscheidung" (Art. 33 II) angesehen werden könne. Im Unterschied zu Art. 189 IV EWG-Vertrag fehlen aber in Art. 14 II EGKS-Vertrag die Worte "diejenigen, die sie bezeichnet". Es bleibt also die Schwierigkeit, zu bestimmen, welche Personen als "diejenigen, die die Entscheidung bezeichnet" ("les destinataires qu'elle désigne") und für die sie infolgedessen "in allen ihren Teilen verbindlich" ist (Art. 189 IV), anzusehen sind.

Dazu könnten die möglichen von dem fraglichen Verhalten betroffenen Dritten zählen. Dem steht aber entgegen, daß ein Negativattest die Betroffenen jeweils im Tenor nicht "bezeichnet" ¹⁵⁾, auch wenn diese nach Art. 19 VO 17 Einwände gegen die Erteilung vorgebracht haben. Ebensowenig ist das Attest an solche Dritte "gerichtet" (vgl. § 173 II, 191 II d. V.). Einen auch an sie gerichteten Akt der Kommission können diese Personen nur im Verfahren nach Art. 3 II b VO 17 erlangen. Wären die Betroffenen die "verpflichteten Adressaten" i. S. d. Art. 189 IV, so ergäbe sich außerdem die mißliche Folge, daß ein Negativattest

11) Schumacher aaO (1)

12) s. o. § 6 II B 4

13) vgl. Daig, von der Groeben/von Boeckh II, N. II 1 B vor Art. 189 (S. 175/76)

14) Rechtspr. V 93, Leitsatz 1 a; dazu Daig aaO (13) N. II 4 A-B (S. 180/83)

15) abgesehen von dem Fall, daß ein an der Absprache Beteiligter betroffen ist - s. o. § 5 III, 3

nur dann als Entscheidung angesehen werden könnte, wenn im Einzelfall jemand betroffen wäre. Am ehesten "verbindlich" ist das Negativattest für die Kommission (s. u. II) als das den Akt erlassende Organ. Dafür spricht, daß die Kommission sich insofern als verpflichtet "bezeichnet", in dem sie ausdrücklich feststellt, "für sie" bestehe kein Anlaß zum Einschreiten. In diesem Zusammenhang liegt es nahe, das Wort "verbindlich" nicht nur i. S. v. "für den Adressaten verpflichtend" zu verstehen. Immer dann, wenn eine Gemeinschaftsbehörde Privatpersonen etwas gewährt (Genehmigung, Freistellung), könnte "verbindlich" bedeuten: endgültig, abschließend, als Rechtfertigungsgrund oder Vertrauensgrundlage geeignet, d. h. letzten Endes doch; "für die Behörde" verbindlich. Für eine solche Auslegung ließe sich anführen, daß der Sinn des Art. 189 kaum etwas über die Art der vorausgesetzten Verbindlichkeit ergibt¹⁶⁾. Ferner erscheint es vertretbar, diejenigen, an die eine - begünstigende oder belastende - Entscheidung "ergangen" oder "gerichtet" (Art. 173 II) und für die sie "bestimmt" ist (Art. 191 II d. V.)¹⁷⁾, immer zu den Personen zu zählen, für die jene Entscheidung "verbindlich" (Art. 189 IV), d. h. "wirksam" i. S. d. Art. 191 II ist. Immerhin ist nicht eindeutig, ob Art. 189 IV EWG-Vertrag auch solche Akte umfaßt, bei denen Absender und möglicher "verpflichtender Adressat" übereinstimmen.

M. E. kommt es jedoch nicht entscheidend auf die Frage an, ob das Negativattest als Entscheidung nicht nur i. S. d. Art. 173 sondern auch nach Art. 189 aufzufassen ist. Die rechtstechnische Einordnung von Hoheitsakten ist kein Selbstzweck. Vielmehr sind Begriffe wie Verwaltungsakt, Verordnung und Entscheidung Zweckschöpfungen des öffentlichen Rechts, die vor allem einen angemessenen Rechtsschutz garantieren sollen¹⁸⁾. Ein Fassungsvergleich der beiden genannten Vorschriften lehrt, daß unter Art. 173 II sogar Verordnungen fallen können, also Akte, die gerade niemanden individuell bezeichnen, für den sie verbindlich sind. Auch wird weithin angenommen, daß die Aufzählung der vom Rat und Kommission zu erlassenden Rechtsakte in Art. 189 nicht abschließend sei¹⁹⁾. So seien "Akte sui generis", wie z. B. nicht als Entscheidung bezeichnete Genehmigungen denkbar und zulässig²⁰⁾. Für den Entscheidungscharakter

16) vgl. Steindorff, AWD 1963 353 ff 355 1.

17) s. zum Negativattest oben § 6 II D 3/4

18) Daig aaO (13) N III. 1. B. b, S. 189

19) Everling, BB 1959, 52 ff 53; Wohlfarth Art. 189 N. 16-18; Daig aaO (13) N. I. 1. vor Art. 189, S. 166; Schlochauer aaO (4) S. 109 FN 25

20) so die deutsche Bundesregierung, Erläuterung zu Art. 175 EWG-Vertrag, BT-Drucksache II/3440; Wohlfarth, Art. 175 N. 2; Bedenken dagegen bei Daig (13) N II. 4. B S. 181

des Negativattests gerade unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes spricht es, daß eben die Bezeichnung (vgl. französisch "l'apparence" in Art. 173 II) als Entscheidung eindeutig ist. Zwar hat der EuGH in Sachen 25/62 ²¹⁾ ausgesprochen, daß Art. 189 IV und Art. 191 d. V. alle Merkmale aufzählen, die eine Entscheidung i. S. d. Art. 173 kennzeichnet. Zugleich hat er jedoch betont, daß die Bestimmungen des Vertrages über das Klagerecht nicht restriktiv interpretiert werden dürfen. Schließlich ergibt der Zusammenhang der einzelnen Absätze des Art. 189, daß die Entscheidung lediglich von anderen Akten, insbesondere von Richtlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen abgegrenzt werden soll. Daher ist es gerechtfertigt, den Begriff der verbindlichen Entscheidung in Übereinstimmung mit den nationalen Rechtsordnungen festzulegen und im Interesse eines rechtsstaatlich erwünschten großzügigen Rechtsschutzes (vgl. Art. 19 IV GG) weit zu fassen ²²⁾.

Ist es nach all dem ein Hauptzweck der Beschlußform "Entscheidung", möglicherweise Betroffenen Rechtsschutz zu eröffnen, so sollte die ausdrückliche Benennung als Entscheidung in der VO 17 hinreichen, um das Negativattest unter großzügiger Auslegung des Art. 189 IV als eine für die antragstellenden beteiligten Unternehmen bestimmte (Art. 191 II) und an sie gerichtete (Art. 173 II), im Verhältnis Kommission-Beteiligte wirksame (Art. 191 II) und verbindliche (Art. 189 IV) ²³⁾ Entscheidung zu qualifizieren ²⁴⁾.

3) Seinem Inhalt nach stellt sich das Negativattest

a) als amtliche Mitteilung der Kartellverwaltungsbehörde an bestimmte, dem EWG-Kartellrecht unterworfenen Rechtspersonen (die beteiligten Unternehmen) dar. Es ist dies der typische Fall einer "Auskunft" der Behörde an einzelne Bürger oder juristische Personen.

Auskünfte lassen sich mit Zeidler ²⁵⁾ danach unterscheiden, ob sie Tatsachen oder Rechtslagen mitteilen. Tatsachenauskünfte sind entweder richtig oder falsch; rechtmäßig oder rechtswidrig können nur Rechtsauskünfte sein. Die Rechtsauskünfte wiederum gliedern sich in solche, die sich auf Tatbestandsmerkmale beziehen und solche, die - bei geklärtem Tatbestand - Aufschluß über die gesetzlichen Rechtsfolgen geben.

21) Urteil v. 15. 7. 1963, NJW 1963, 2246

22) Steindorff aaO (16)

23) s. a. unten 3 b

24) ebenso Wendt, AWD 1964, 20 ff 21; Däubler, NJW 1965, 1646

25) S. 15 ff, 51; s. a. Obermayer, NJW 1962, 1465 ff 1467, 1471 - je mit erschöpfenden Nachweisen

Mit einem Negativattest teilt die Kommission mit:

"Für die Kommission besteht nach den ihr bekannten Tatsachen kein Anlaß, auf Grund der EWG-Kartellverbote gegen das unterbreitete Verhalten einzuschreiten."

Darin kann - wegen der Tatbestandsfunktion der Entscheidungsgründe ²⁶⁾ - im Einzelfall (auch) eine Tatsachenauskunft liegen, so, wenn die Beteiligten auf diese Weise erfahren, ob Dritte Einwendungen gegen die Absprache erhoben haben, sowie allgemein, welcher Sachverhalt der Kommission bekannt ist. Die ausdrückliche Bezugnahme der Entscheidung auf Art. 85 I und 86 zeigt aber, daß die Kommission im wesentlichen darüber Auskunft gibt, welche Rechtsfolgen ²⁷⁾ sie für ihr Verhältnis zu den Unternehmen aus der Anwendung der bekannten Normen (Art. 85 I, 86) auf den bekannten Sachverhalt ableitet. Es handelt sich also um eine Rechtsauskunft. Sie beantwortet einmal die Frage, ob der unterbreitete Sachverhalt überhaupt unter die Verbotsnorm fällt. Wird diese Frage verneint, so teilt das Attest mit, daß der Tatbestand nicht erfüllt ist, weil es z. B. am Merkmal "Wettbewerbsbeschränkung" fehlt ("Tatbestandsauskunft"); die Rechtsfolge "Unzulässigkeit des Einschreitens" ergibt sich daraus kraft Gesetzes. Teilt die Kommission nach Art. 2 VO 17 dagegen mit ²⁸⁾, es liege ein leichter Verstoß vor; sie halte ihn aber für so unbedeutend, daß sie vom Einschreiten absehe, dann ist das Negativattest auch "Rechtsfolgeauskunft" ²⁹⁾; denn über die Rechtsfolge "Einschreiten" befindet die Kommission nach pflichtgemäßem Ermessen ³⁰⁾.

Da die Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung im nationalen Recht kaum kodifiziert sind, stellen sie ein interessantes Problem innerhalb des Allgemeinen Verwaltungsrechts dar. Beispielsweise hat sich der 44. Deutsche Juristentag im Jahre 1962 mit der Frage befaßt, ob es sich empfiehlt, die bestehenden Grundsätze beizubehalten ³¹⁾. Gegenstand der Verhandlungen war allerdings in erster Linie die Frage, ob Auskünfte und Zusagen als Verwaltungsakte anzusehen seien, und insbesondere, inwieweit auf falsche Auskünfte und gesetzwidrige Zusagen die Lehren über Widerruf und Rücknahme von fehlerhaften Verwaltungsakten sowie die Amtshaftungsvorschriften anwendbar sind ³²⁾.

26) vgl. oben § 6 II D 1

27) - d. h. bei Erteilung: daß keine für die Beteiligten ungünstige Rechtsfolgen -

28) zur Mitteilungspflicht s. o. § 6 II D 1

29) Zeidler S. 16, 38

30) vgl. Schlochauer, JZ 1963, 109, V

31) s. das Gutachten Zeidler, Obermayer aaO (25) sowie den Bericht und die angenommenen Thesen in NJW 1962, 1854 ff 1855/56

32) s. Zeidler S. 62 ff 68 f; 78 ff

Das Negativattest ist demgegenüber nach dem Willen des Ministerrats durch die VO 17 rechtstechnisch klar als auf Antrag zu erlangende Entscheidung i. S. d. Art. 173 II EWG-Vertrag geschaffen und damit von vornherein als - jedenfalls in gewissem Umfang - verbindlicher, förmlicher "Verwaltungsakt" qualifiziert worden. Daher sind die im nationalen Recht entwickelten Grundsätze zwar zur begrifflichen Klärung nützlich, im übrigen aber nur mit Vorbehalten zu verwerten, ganz abgesehen davon, daß nationales Recht nur dann heranzuziehen ist, wenn das Gemeinschaftsrecht keine eindeutigen Regeln enthält.

b) Die im Negativattest enthaltene Rechtsauskunft wird in Form einer "Feststellung" erteilt. Die Wahl des Wortes "feststellen" in Art. 2 VO 17 verstärkt den Eindruck, daß die Auskunft verbindlich i. S. von "ein streitiges Verhältnis klärend oder regelnd" sein soll. Festgestellt wird, "daß für die Kommission kein Anlaß besteht, gegen die beteiligten Unternehmen einzuschreiten". Dieser Tenor setzt voraus, daß Absender und Empfänger der Auskunft in verwaltungsrechtliche Beziehungen treten können; die Kommission und die beteiligten Unternehmen sind mögliche Parteien in einem Abstellungs- (Art. 3, 16) oder Bußgeldverfahren (Art. 15). Ein solches Verfahren soll durch das Negativattest ausgeschlossen werden. Die besondere Wendung, die das Negativattest der VO 17 gegenüber dem Negativattest nach dem Vorschlag des Europäischen Parlaments (Art. 1 A I) auszeichnet, liegt in der Betonung gerade dieses zwischen Beteiligten und Behörde bestehenden "Rechtsverhältnisses", in der gewollten Beschränkung auf die öffentlich-rechtlichen Auswirkungen eines sich regelmäßig in privatrechtlichen Formen abspielenden Verhaltens der Unternehmen. Lautete der Tenor nach Art. 1 A:

"Die Vereinbarung X fällt nicht unter Art. 85 I EWG-Vertrag",
so bedurfte es eines weiteren gedanklichen Schrittes, um zu der Folgerung zu gelangen:

"Die Kommission kann gegen die Vereinbarung X auf Grund von Art. 85 I nicht einschreiten".

Diese Folgerung ist nur eine von zwei aus der Feststellung nach Art. 1 A zu ziehenden; nach Art. 85 II ist die Vereinbarung X nämlich außerdem "nicht von Rechts wegen nichtig" falls sie Art. 85 I nicht erfüllt.

Anders im Falle des Attests nach Art. 2 VO 17: der Tenor beschränkt sich ausdrücklich auf eine Aussage über die auf Grund der Art. 85 ff möglichen verwaltungsrechtlichen Beziehungen zwischen Kommission und Beteiligten. Der Umstand, daß ein verwaltungsrechtlich unbedenkliches Verhalten in der Regel gleichzeitig nach Art. 85 II (bzw. nach Art. 86 i. V. m. z. B. § 134 BGB) gültig oder auch nach den nationalen Schadensersatzvorschriften (vgl. §§ 823 BGB, 35 GWB) nicht zum Schadensersatz verpflichtend sein wird, bleibt ausgeklammert. M. E.

läßt sich diese "Beschränkung der Aussage" nur so deuten, daß mit dem Negativattest lediglich ein zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen bestehendes, öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ³³⁾ - negativ - festgestellt wird. Dieses "Rechtsverhältnis" bestünde - positiv - einerseits in der Verpflichtung der Unternehmen, sich vollstreckbaren Entscheidungen der Kommission nach den Art. 3, 15, 16 VO 17 zu unterwerfen, andererseits in der Bindung der Kommission an die materiellen und formellen Regeln des EWG-Kartellrechts sowie in den sich daraus ergebenden hoheitlichen Befugnissen gegenüber den Unternehmen ³⁴⁾. Die Beschränkung auf die öffentlich-rechtliche Seite eines nach den Art. 85 ff möglicherweise verwaltungs- und privatrechtlich erheblichen Sachverhalts vermag es letzten Endes auch zu rechtfertigen, daß ein Negativattest trotz Vorliegens eines - nach Ansicht der Kommission - leichten Verstoßes erteilt werden kann (§ 6 II C 3e); denn nur im öffentlich-rechtlichen Verhältnis der Behörde zu den Rechtsunterworfenen herrscht das Opportunitätsprinzip, mit der - für den bekannten Sachverhalt - endgültigen "Fest-Stellung" wird dieses Verhältnis rechtlich fixiert.

Wie unten (II. c.) noch näher darzulegen ist, ändert die Klausel "nach den der Kommission bekannten Tatsachen" nichts an dem Feststellungscharakter im eben umschriebenen Sinne. Die Klausel hat im wesentlichen nur beweisrechtliche Bedeutung für den Fall, daß die Kommission von ihrer "Festlegung" im Negativattest abgehen, d. h. einschreiten möchte. Solange der bei der Entscheidung zu Grunde gelegte Sachverhalt konstant bleibt, bewendet es bei der im Verhältnis zwischen Beteiligten und Kommission verbindlichen Feststellung.

c) Diese für den Fall der Konstanz des Sachverhalts gewollte Verbindlichkeit legt es nahe, das Negativattest weniger als "Auskunft", sondern eher als "Zusage" oder "Zusicherung" aufzufassen.

So hat Zeidler ³⁵⁾ für das deutsche Verwaltungsrecht empfohlen, alle "Mittei-

33) zum Begriff vgl. z. B. H. J. Wolff, § 32 V (S. 159) und § 40 I (S. 206); Forsthoff § 10 (S. 162 ff 165)

34) vgl. Jellinek S. 191 ff; derselbe VVDStRL 2, 62; Eyermann-Fröhler, § 43 N. 5

35) S. 40, 43 ff, 51; ähnlich Obermayer aaO (25) S. 1466/67, der bei Zusagen von "vorweggenommener Ermessensbetätigung bzw. Subsumtion" spricht, während "Rechtsauskünfte ... lediglich allgemein die Rechtsgrundlage für die Vornahme oder Unterlassung von Verwaltungsakten mitteilen, ohne für einen konkreten Lebenssachverhalt eine Subsumtion oder Ermessensbetätigung vor(weg)zunehmen" (S. 1467 r; s. a. 1471 I, B). Nach dieser Terminologie wäre das für konkrete Sachverhalte abgegebene Negativattest keine Rechtsauskunft, aber auch keine Zusage, weil - im Regelfall einer bereits vorhandenen Absprache - kein Verhalten in der Zukunft zugesagt wird (vgl. S. 1467, I. 4. a) ee).

lungen, die verbindlich sind und normativen Bezug aufweisen", d.h. die "verbindlichen Rechtsauskünfte", zum Begriff der Zusage zu rechnen. Die Zusage bedeute Bindung der Behörde im Hinblick auf - künftige - Gesetzesanwendung. Als verbindliche Regelung zumindest eines Teilkomplexes sei sie Verwaltungsakt. Da sie "durch das Merkmal der Selbstbindung qualifiziert" sei, werde sie nur im Rahmen der Ermessensverwaltung oder bei der Anwendung sogenannter "unbestimmter Rechtsbegriffe" bedeutsam. Praktisch wichtig seien nur die begünstigenden Zusagen, weil sie nach den allgemeinen Grundsätzen über den Widerruf und die Rücknahme von Verwaltungsakten unter erschwerten Bedingungen aufhebbar seien.

Indessen stößt man bei der Einordnung des Negativattests als "Zusage" auf die Schwierigkeit, daß sich Zusagen begrifflich nicht auf die Gegenwart, sondern auf künftiges Verhalten der Behörde beziehen ³⁶⁾. Eine Zusage wird die Verwaltung nur mit Bezug auf Sachverhalte abgeben, die eine endgültige Entscheidung ("Regelung" durch Verwaltungsakt) nicht möglich oder nicht angezeigt erscheinen lassen. Wird dagegen ein Negativattest wegen bereits geübten Verhaltens ³⁷⁾ beantragt, so muß der Antrag, um gemäß der VO 27 zulässig zu sein ³⁸⁾, so genaue tatsächliche Angaben enthalten (die zudem noch nach den Art. 11 ff VO 17 ergänzt werden können), daß ein Einschreiten im Zeitpunkt der Entscheidung durchaus möglich ist, falls sich der Antrag als unbegründet erweist. Daher wird die Kommission mit der Ablehnung des Antrags nach Art. 2 in der Regel das Einschreiten nach Art. 3 (zumindest III) verbinden. Die Figur der Zusage paßt eigentlich nur für Negativatteste, die im Hinblick auf ein erst geplantes Verhalten, beantragt worden sind ³⁹⁾. Selbst in diesen Fällen aber wird bereits endgültig über den künftigen Sachverhalt entschieden, so wie eine vor Abschluß eines Rechtsgeschäfts einzuholende Genehmigung endgültig für das später abzuschließende Geschäft erteilt wird.

d) Das Negativattest läßt sich schlecht als Zusage definieren, weil es - wie oben (b) dargelegt - eine für die Kommission verbindliche Feststellung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses darstellt. Diese "feststellende Entscheidung" ist angesichts eines bis ins Einzelne geregelte förmlichen Verfahrens mehr als eine bloße Rechtsauskunft ⁴⁰⁾; feststellende Verwaltungsakte enthalten auch eine

36) Zeidler S. 41; Obermayer aaO (35)

37) zur Zulässigkeit eines Negativattests für vergangenes Verhalten s. § 6 II A 6 a

38) s. dazu oben § 6 I A 1

39) zur Zulässigkeit eines solchen Antrags s. o. § 6 I A 2 b

40) Zeidler S. 31 sowie Schumacher aaO (1)

Auskunft darüber, wie die Behörde den fraglichen Sachverhalt beurteilt. Gegenüber der Auskunft ist der feststellende Verwaltungsakt durch seine Verbindlichkeit charakterisiert ⁴¹⁾, während ihm andererseits das für die Zusage wesentliche Merkmal der Festlegung von (behördlichen) Verhaltensweisen für die Zukunft fehlt. Verbindlich feststellende "Auskünfte" gehören in den Bereich des Gesetzesvollzugs; sie sind "Endentscheidungen" ⁴²⁾ oder, anders ausgedrückt, "Zusagen einer sofort fälligen Leistung", die einer "unmittelbaren und nicht vorweggenommenen Subsumtion bzw. Ermessensbetätigung" bedürfen ⁴³⁾. Dieser Begriff der "feststellenden (End-)Entscheidung" wird m. E. der Rechtsnatur des Negativattests am ehesten gerecht. Bei dieser Gelegenheit wird von anderem Blickpunkt aus eine bereits gestreifte Besonderheit des Verfahrens nach Art. 2 VO 17 deutlich: die Beteiligten können die Kommission durch ihren Antrag zu einer sachlichen Entscheidung über den von ihnen unterbreiteten Sachverhalt zwingen (vgl. Art. 175 III d. V.), ohne daß sie ein besonderes Rechtsschutzinteresse dartun müssen ⁴⁴⁾. Es genügt die - u. U. nur beabsichtigte (39) - Beteiligung an einer möglicherweise unter die Verbote fallenden Absprache oder Verhaltensweise.

4) Abgrenzung des Negativattests von ähnlichen Erklärungen der Gemeinschaftsorgane

a) Die Erklärung nach Art. 85 III EWG-Vertrag ⁴⁵⁾ unterscheidet sich nach Umfang, formellen und sachlichen Voraussetzungen, Inhalt und Tragweite vom Negativattest. Hierzu hat sich die Kommission im Merkblatt ⁴⁶⁾ eingehend geäußert. Nach Betonung der Gemeinsamkeiten des Verfahrens auf Grund der VO 27 und nach den Art. 10, 11-14, 19 III und 21 VO 17 hebt die Kommission folgende Unterschiede hervor:

1. über Anträge auf Negativattest entscheide sie "lediglich auf Grund der ihr bekannten Tatsachen" ⁴⁷⁾;
2. die Erklärung nach Art. 85 III wird für eine bestimmte Zeit abgegeben und kann nur unter besonderen Voraussetzungen widerrufen werden (vgl. Art. 8 VO 17);

41) Zeidler S. 31/32

42) Zeidler S. 32 FN 97

43) Obermayer aaO (35) a. E.

44) vgl. oben § 6 II A 6

45) zu deren Rechtsnatur s. a. o. § 3 II. 3 m. Nachw.

46) 3. Teil VII, S. 25

47) vgl. o. § 6 I. C

3. der Antrag auf Erteilung eines Negativattests reiche nicht aus, um die für die Anmeldung vorgeschriebenen Fristen zu wahren und
4. suspendiere nicht die Verhängung von Sanktionen unter den Voraussetzungen des Art. 15 V VO 17⁴⁸⁾.

Ergänzend sei hinzugefügt; da der "Mißbrauch" einer marktbeherrschenden Stellung nicht genehmigungsfähig ist, fehlt in Art. 86 d. V. eine Art. 85 III entsprechende Bestimmung. Die Unternehmen können daher auf die Frage, ob ein Verhalten vom Verbot des Art. 86 erfaßt wird, förmlich nur durch ein Negativattest Auskunft erhalten.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Entscheidungen ergeben sich aus Art. 85. Während das Negativattest feststellt, daß für die Kommission kein Anlaß besteht, gegen ein Kartell auf Grund von Art. 85 I einzuschreiten, werden nach Art. 85 III "die Bestimmungen des Art. 85 I für nicht auf das Kartell anwendbar erklärt"; Abs. III setzt also notwendig die Verwirklichung des Abs. I voraus, während das Negativattest in der Regel gerade bescheinigt, daß das unterbreitete Verhalten nicht vom Verbot erfaßt wird.

Bejaht die Kommission in einem Negativattest das Vorliegen eines leichten Verstoßes gegen Art. 85 I und verneint sie das öffentliche Interesse am Einschreiten von Amts wegen⁴⁹⁾, so ist die Grenzziehung nicht so eindeutig. Praktisch liegt in einem solchen Negativattest die Erklärung der Kommission, daß sie das Kartell nach dem Opportunitätsprinzip für jedenfalls vorläufig mit dem Gemeinsamen Markt "vereinbar"⁵⁰⁾ hält, während insbesondere die Zulässigkeit von Anträgen nach Art. 3 II b, VO 17 und die zivilrechtliche Gültigkeit nicht präjudiziert sein sollen. Dagegen hat eine Erklärung nach Art. 85 III immer zur Folge, daß die Absprache als zivilrechtlich wirksam und grundsätzlich auch gegenüber Anträgen nach Art. 3 II VO 17 als erlaubt gilt. Damit hängt ein weiterer Unterschied im Wortlaut zusammen: nach Art. 85 III werden die Bestimmungen des Art. 85 I nicht nur "für die Kommission" für unanwendbar erklärt; da diese zur Abgabe der Erklärung ausschließlich zuständig ist (Art. 9 I VO 17), wäre ein solcher Vorbehalt auch nicht angebracht. Die Abgabe einer Erklärung nach Art. 85 III ist folglich - streng genommen - "unzulässig", wenn der Tatbestand des Art. 85 I nicht erfüllt ist⁵¹⁾.

48) s. o. § 6 I. A. 4 b, wo diese Ansicht abgelehnt wurde

49) s. o. § 6 II. C. 3e; ebenso sind Atteste zu behandeln, deren Gründe nicht eindeutig Art. 85 I verneinen (s. o. § 6 II D 1)

50) vgl. das Wort "unvereinbar" in Art. 85 I und 86 S. 1

51) Kommission, 2. Bekanntmachung v. 9.11.1962, ABl. S. 2628/62 (Anmeldungen nach Art. 4 VO 17 werden "zurückgewiesen mit der Begründung, daß die Voraussetzungen zur Anwendung des Verbots nicht vorliegen"); Gleiss/Hirsch, Art. 4 VO 27 N. 8, S. 163; Deringer, Art. 85 III N. 5; Mailänder S. 65; vgl. jedoch unten b).

Inhaltlich war das Negativattest als feststellende Endentscheidung charakterisiert worden (oben 3). Auch die Erklärung nach Art. 85 III ist "Entscheidung" i. S. d. Art. 173 II EWG-Vertrag. Ihr Wesen liegt aber nicht in einer - deklaratoren - Feststellung, sondern in einer - konstitutiven - Befreiung, einer "Freistellung" (Art. 8 III d VO 17) von der Anwendung der Verbotsnorm. Die Erklärung "wird" von einem bestimmten Zeitpunkt an "wirksam" (Art. 6 I.1 VO 17). Zwar kann dieser Zeitpunkt in der Vergangenheit und als Ausnahme von der Regel des Art. 6 I 2 sogar vor dem Tage der Anmeldung liegen (Art. 6 II). Das könnte für eine - ebenfalls nur deklaratorisch zu bestätigende - Legalausnahme sprechen. Auch für die nichtanmeldebedürftigen Kartelle aber gilt die Bestimmung des Art. 8 I VO 17, wonach die Erklärung "für eine bestimmte Zeit abzugeben" ist. Außerdem kann die einmal erteilte Freistellungserklärung bei Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nur mit Wirkung ex nunc widerrufen werden (Art. 8 III 1a u. 2). All dies kennzeichnet die Erklärung nach Art. 85 III als einen mehr einer Erlaubnis als einer Feststellung ähnlichen Akt. Wenn oben 52) in beschränktem Umfang eine Art Befristung auch des Negativattests für möglich gehalten wurde, so darf doch nicht verkannt werden, daß keine Befristung im technischen Sinne gemeint war. Vielmehr läßt die Kommission im Falle der Beschränkung der Aussage des Negativattests z. B. auf die zweite Stufe des Gemeinsamen Marktes lediglich durchblicken, daß sie eine bereits im Zeitpunkt der Entscheidung "bekannte Tatsache" vorhersieht, die wahrscheinlich eine andere Beurteilung des jetzt noch unschädlichen Kartells rechtfertigt. Der Natur einer "Erlaubnis" entspricht es vollends, daß die Erklärung nach Art. 85 III gem. Art. 8 I mit Bedingungen oder Auflagen⁵³⁾ verbunden werden kann⁵⁴⁾. Mit Rücksicht auf den Erlaubnischarakter der Freistellungserklärung hat der Rat die Voraussetzungen ihres Widerrufs in der VO 17 ausdrücklich geregelt; Art. 8 III (dazu näher unten II B 2).

b) Wie unter a) (s. FN 51) erwähnt, kann die Kommission eine Anmeldung mit der Begründung zurückweisen, es fehle schon an den Voraussetzungen des Art. 85 I.

Diese Aussage reicht weiter als der Tenor des Negativattests⁵⁵⁾, in welchem nicht der "Tatbestand des Art. 85 I" schlechthin, sondern nur der "Anlaß zum Einschreiten für die Kommission auf Grund des Art. 85 I" verneint wird. Damit

52) s. o. § 6 II. B. 4

53) - deren Einhaltung durch die Art. 8 III b (Widerruf) und 15 II b (Geldbuße) sichergestellt ist -

54) im Gegensatz zum Negativattest - s. o. § 6 II B 4

55) Gleiss/Hirsch, Art. 4 VO 27 N. 8, S. 163 (2. Auflage; S. 356)

nähert sich die "Zurückweisung" dem Negativattest nach Art. 1 A des Parlamentsentwurfs. Andererseits findet sich die Verneinung des Art. 85 I nur in den Gründen der Zurückweisung. Ferner hat der Rat gerade das Negativattest deutlich abschwächen wollen⁵⁶⁾; es ist daher nicht anzunehmen, daß er die Kommission an die nicht ausdrücklich geregelte Zurückweisung⁵⁷⁾ stärker binden wollte. Schließlich wird die Zurückweisung in der VO 17 nicht als bedeutsame Sachentscheidung über eine Anmeldung behandelt: der formale Schutz des Art. 8 III gilt nur für die Freistellung, die Anmeldung ist gemäß Art. 19 III nur zu veröffentlichen, wenn eine Freistellung erteilt werden soll, und gemäß Art. 91 I sind nur Entscheidungen nach Art. 8¹⁾, d. h. die sachliche Ablehnung oder Erteilung der Freistellung, nicht aber die Zurückweisung, zu veröffentlichen. Im Verfahren nach Art. 2 und dagegen beide Veröffentlichungen vorgeschrieben. Diese Umstände sprechen dafür, daß die VO 17 hinsichtlich Art. 85 I eine über die Aussage des Negativattests hinausgehende Bindung der Kommission nicht beabsichtigt. Dementsprechend wurde oben⁵⁸⁾ angenommen, daß die Beteiligten mit einer "vorsorglichen Anmeldung" gemäß Formblatt B, Abschnitt IV, in erster Linie eine Sachentscheidung nach Art. 2 VO 17 begehren. Doch wird noch zu prüfen sein, ob nicht aus Art. 9 I VO 17 eine größere Tragweite der "Zurückweisung mangels Verbotswidrigkeit" herzuleiten ist⁵⁹⁾.

c) Anträge nach Art. 3 II a) oder b) VO 17 werden mit der Begründung abgelehnt, ein Verstoß gegen Art. 85 oder 86 liege nicht vor oder sei nicht nachweisbar. Hierzu ist oben⁶⁰⁾ dargelegt worden, daß die Ablehnung als unbegründet eine an den Antragsteller gerichtete, zu veröffentlichende Entscheidung ist. Der "Zurückweisung" einer Anmeldung (b) ähnelt diese Entscheidung insofern, als die "negative Feststellung eines Verstoßes" lediglich in den Gründen getroffen wird und eine öffentliche Ankündigung der Ablehnung gem. Art. 19 III VO 17 nicht stattfindet. Eine Bindung gegenüber den Beteiligten wird nicht bezweckt. Sie kann mithin aus den unter b) genannten Gründen ausgeschlossen werden.

d) Nach Art. 2 II VO 26⁶¹⁾ ist die Kommission ausschließlich zuständig, die Sachentscheidung festzustellen, welche Agrarkartelle kraft Gesetzes (= Art. 2 I

56) s. o. § 5 II 5-6

57) - die dem Negativattest nach deutscher Auffassung entspricht (s. u. 5) -

58) § 6 I A 4 b

59) s. u. § 10 II 3 zu der bejahenden Ansicht Mailänders

60) § 7 I B 5 c und II D 1

61) s. dazu näher oben § 4 II. 3 und § 6 II A 4 c)

VO 26) von Art. 85 I ausgenommen sind, weil sie wesentlicher Bestandteil einer einzelstaatlichen Marktordnung oder zur Verwirklichung des Ziels der gemeinsamen Agrarpolitik notwendig sind; mit Bezug auf Art. 86 ist eine solche Feststellung nicht möglich (vgl. Art. 2 II 1 VO 26).

Gegenüber dem Negativattest ergeben sich Unterschiede. Das Verfahren richtet sich nicht nach der VO 17. Während zur Anwendung der Art. 85 I, 86 neben der Kommission auch die nationalen Kartellbehörden und die Zivilgerichte berufen sind, befindet die Kommission hier in ausschließlicher Zuständigkeit darüber, ob die Voraussetzungen der Ausnahme des Art. 2 I VO 26 erfüllt sind. Diese Feststellung trifft sie nicht nur, wie nach Art. 2 VO 17, auf Antrag der Beteiligten, sondern auch von Amts wegen oder auf Antrag einer zuständigen nationalen Behörde (Art. 2 III VO 26).

Inhaltlich zeichnet sich die Entscheidung nach der VO 26 dadurch aus, daß sie - wie die Erklärung nach Art. 85 III - im Tenor eine besondere Rechtsnorm (Art. 2 I VO 26) anführt, kraft deren die betreffende Absprache trotz Art. 85 I erlaubt ist. Das Negativattest stellt dagegen im wesentlichen fest, daß keine nach Art. 85 I ein Einschreiten rechtfertigende Absprache vorliegt. In Art. 2 I VO 26 heißt es:

"Art. 85 I EWG-Vertrag gilt nicht für die in Art. 1 genannten Vereinbarungen".

Dieser Art. 1 spricht von "in den Art. 85 I und 86 d. V. genannten Vereinbarungen". Die Feststellung setzt also wie Art. 85 III die Erfüllung des Art. 85 I voraus; ein auf sie gerichteter Antrag kann daher als unzulässig zurückgewiesen werden, weil schon der Verbotstatbestand nicht gegeben ist. Dies zeigt, daß die Feststellung nach Art. 2 VO 26 weniger dem Negativattest als der Erklärung nach Art. 85 III verwandt ist, von der sie sich im wesentlichen nur rechtstechnisch - Legalausnahme statt Erlaubnisvorbehalt - unterscheidet (s. a. unten § 10 I 3 c).

e) Die Feststellung der Hohen Behörde nach Art. 65 § 4 II des EGKS-Vertrages ist bereits bei der Entstehungsgeschichte des Negativattests behandelt worden ⁶²⁾. Auf Grund dieser Vorschrift hat die Hohe Behörde eine zweifellos auch die nationalen Gerichte ausschließende Zuständigkeit zur Auslegung der montanrechtlichen Kartellverbote.

Hier interessiert vor allem, daß - wohl wegen der alleinigen Entscheidungsgewalt - nicht nur festgestellt wird, daß "für die Hohe Behörde kein Anlaß zum Einschreiten besteht". Vielmehr lautet die Feststellung im Tenor:

62) s. § 5 II. 1

"Das Kartell steht mit den Bestimmungen des Art. 65 im Einklang".

Die Entscheidung beschränkt sich also nicht auf die ⁶³⁾ Feststellung eines lediglich zwischen den beteiligten Unternehmen und der Behörde bestehenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisses.

f) Eine "interpretierende Erklärung" ⁶⁴⁾ kann, da für sie keine besondere Form vorgeschrieben ist, lauten:

"Die Kommission ist der Auffassung, daß der Vertragstyp A nicht von dem Verbot des Art. 85 I erfaßt wird".

In dieser Weise hat sich die Kommission in ihren Bekanntmachungen vom 24. 12. 1962 ⁶⁵⁾ geäußert, dabei allerdings ausdrücklich hinzugefügt, daß der Auffassung anderer zuständiger Behörden, insbesondere der Gerichte, nicht vorgegriffen werden könne.

Die Kommission könnte auch eine mehr an Art. 2 VO 1⁷ angelehnte Formulierung gebrauchen, z. B.:

"Für die Kommission besteht nach den ihr bekannten ⁶⁶⁾ Tatsachen kein Anlaß, gegen Verträge vom Typ A auf Grund von Art. 85 I einzuschreiten",

oder auch nur anzukündigen,

daß sie für Verträge vom Typ A regelmäßig Negativatteste erteilen werde ⁶⁷⁾.

Stets unterscheiden sich solche Erklärungen von einem Negativattest dadurch, daß sie nicht auf Antrag in bestimmten Einzelfällen, sondern von Amts wegen zu abstrakt umschriebenen Gruppen oder Typen von Absprachen oder Verhaltensweisen abgegeben werden. Adressat der Erklärung ist die interessierte Öffentlichkeit, d. h. eine unbestimmte Vielzahl von Unternehmen, Vereinigungen sowie Privatpersonen und sogar die Mitgliedstaaten (vgl. Art. 3 II a VO 1⁷). Es wird kein Rechtsverhältnis zwischen der Kommission und bestimmten Unternehmen festgestellt, kein Einzelfall verbindlich geregelt, sondern nur eine Rechtsansicht der Kommission verlautbart. Daher liegt keine Entscheidung, sondern eine dem einzelnen Unternehmen gegenüber grundsätzlich unverbindliche allgemeine Rechtsauskunft vor, die im System des Art. 189 EWG-Vertrag noch am

63) - nach Art. 65 § 4 auch positive (vgl. das Wort "ob" in Abs. II) -

64) Schlochauer, JZ 1963, 109 V; s. o. § 6 II C 2

65) ABl. S. 2921/62 ff; ähnlich die 2. Bekanntm. über Patentlizenzverträge v. 9. 11. 1962, ABl. 2629/62

66) insbesondere: gesamtwirtschaftlichen

67) so die 2. Bekanntmachung über Alleinvertriebsabkommen, ABl. S. 2628/62

ehesten als "Stellungnahme" aufgefaßt werden könnte⁶⁸⁾. Als Auskunft kann die Erklärung nicht rechtmäßig oder rechtswidrig, sondern nur richtig oder falsch sein (s. o. 3a). Das Nichteinschreiten gegen die allgemein bezeichneten Verhaltensweisen "verspricht" die Kommission allerdings mit der Wirkung, daß sie zusätzlich zu der ihr ohnehin obliegenden Feststellungslast beweisen muß, inwiefern der verlautbarte Tatbestand nicht erfüllt ist, welche besonderen Umstände ausnahmsweise eine differenzierende Beurteilung rechtfertigen. Soweit die verlautbarte Rechtsansicht nämlich "richtig" ist - dies könnte sich in einem Einzelverfahren vor dem EuGH entscheiden - ist die interpretierende Erklärung für die Kommission schon deshalb verbindlich, weil sie nach dem Vertrag dazu berufen ist, die Art. 85 ff richtig anzuwenden (vgl. Art. 89, 155). Aber auch falls sich die Auffassung der Bekanntmachung als unrichtig erweisen sollte und zurückgenommen wird, würde sie wohl meist "unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes Bindungswirkung für die EWG-Kommission entfalten, da die Feststellung für die Zeit ihres Bestehens grundsätzlich ein Verschulden des Betroffenen und die Möglichkeit der Verhängung von Sanktionen ausschlosse"⁶⁹⁾.

Solange die interpretierende Erklärung nicht erkennbar bestimmte Einzelfälle (etwa nach Art. 86 d. V.) betrifft, unterscheidet sie sich vom Negativattest letztlich dadurch, daß sie ihrer Aussage nach nur die Einhaltung einer bestimmten Rechtsansicht im allgemeinen zusichert, während nach Art. 2 VO 17 der unterbreitete Einzelfall im Hinblick auf die Kartellverbote abschließend "geregelt" wird. Wenn nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes die allgemeine Erklärung auch eine gewisse Verbindlichkeit für die Kommission äußert, so fehlt ihr doch als Rechtsauskunft das Moment der Regelung des Einzelfalles, das die Zusage, den Verwaltungsakt und die Entscheidung auszeichnet⁷⁰⁾.

5) Vergleichbare Regelungen aus anderen Kartellgesetzen

a) Das deutsche GWB enthält keine dem Art. 2 VO 17 entsprechende Bestimmung. Die Unternehmen haben nicht die Möglichkeit, in Zweifelsfällen bindend von der Kartellbehörde zu erfahren, ob bestimmte Verträge oder Beschlüsse zu ihrer Wirksamkeit einer Erlaubnis oder Anmeldung bedürfen. Auf der anderen Seite sehen sie sich der Drohung des § 38 I Nr. 1, III GWB ausgesetzt, wonach eine Ordnungswidrigkeit begeht, wer sich vorsätzlich "über die Unwirksam-

68) Schlochauer aaO (64)

69) Schlochauer aaO (64) unter Hinweis auf Obermayer, NJW 1962, 1465 ff 1471

70) vgl. Zeidler S. 34, 40, 49, 51

keit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, der nach den §§ 1, 15, 20 Abs. I ... unwirksam ist". Ob die Kartellbehörde auf Grund des § 38 ein Bußgeld festsetzen kann, ob also zwischen Behörde und Beteiligten ein kartellrechtliches Verhältnis besteht, kraft dessen die Behörde "einschreiten" kann, ist oft zweifelhaft. Den Unternehmen und der Behörde bleibt zur Klärung der zwischen ihnen streitigen Rechtsfragen nur der Weg des Bußgeldverfahrens (§§ 38, 81 GWB). Schon um dies zu vermeiden, werden sie sich oft der - etwa in einem Brief mitgeteilten - Rechtsansicht des Kartellamts beugen. Von Köhler ⁷¹⁾ hat ausgeführt, wie unbefriedigend dieser Zustand oft ist, zumal überwiegend auch die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen Beteiligten und Kartellbehörde verneint wird ⁷²⁾, während eine zivilrechtliche Feststellungsklage (§ 256 ZPO) nur dann in Frage kommt, wenn die Beteiligten untereinander streiten. Von Köhler ⁷³⁾ schlägt eine Lösung durch den Gesetzgeber vor; dabei sei auch an "einen für anfechtbar erklärten, mit bindender Wirkung gegen Dritte und Behörden ausgestatteten Feststellungsbeschluß der Kartellbehörden" zu denken ⁷⁴⁾.

b) Auch die anderen Mitgliedstaaten der EWG mit Kartellgesetzen (Belgien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande) kennen keine dem Art. 2 VO 17 entsprechende Vorschrift.

c) Nach Art. 22 I des Spanischen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. 7. 1963 ⁷⁵⁾ eröffnet die Kartellbehörde u. a. auf Antrag "interessierter Personen" ein "Verfahren zur Prüfung, ob durch dieses Gesetz verbotene Verhaltensweisen bestehen". Zu den interessierten Personen wird man nach dem Wortlaut der Bestimmung auch die Beteiligten rechnen können ⁷⁶⁾. Ist kein Verstoß

71) NJW 1961, 2093

72) so von Köhler aaO S. 2096; Zweigert, GemKomm § 70 N. 8; Decker/Müller (WuW 1963, 307 ff 310) halten dagegen eine öffentlich-rechtliche Feststellungsklage nach § 96 GWB vor den ordentlichen Gerichten für zulässig. Dagegen neuerdings auch Jank, WuW 1964, 831 ff.

73) aaO (71) S. 2097 r.

74) vgl. auch Zweigert aaO (72), der die mit Art. 2 VO 17 getroffene Lösung als "rechtsstaatlich einwandfrei" bezeichnet und eine entsprechende Vorschrift im GWB befürwortet.

75) Boletín Oficial del Estado No. 175 S. 11148 v. 23. 7. 63, abgedruckt in der Übersetzung von Gleiss in WuW 1964, 226 ff; s. dazu Markert, WuW 1964, 841 ff

76) so Gleiss aaO (75) FN 32

nachzuweisen, so wird dies durch ein besonderes Tribunal (Art. 7) gem. Art. 13 I d in einer Entscheidung festgestellt, die auf Antrag einer Partei im Staatsanzeiger veröffentlicht wird (Art. 14).

d) In den Antitrustgesetzen der USA ist bisher kein Negativattest vorgesehen⁷⁷⁾. Doch erteilen die Behörden schriftliche Auskünfte darüber, daß ein Zusammenschluß (merger) oder ein Erwerb von Kapitalanteilen (acquisition) nicht als gegen § 7 Clayton Act verstoßend angesehen wird. Eine solche Auskunft wird als "clearance" bezeichnet⁷⁸⁾.

Die "clearance" der Antitrust Division (auch "railroad release" genannt) bedeutet eine Zusage, kein Strafverfahren einzuleiten. Abweichend von Art. 2 VO 17 wird aber vorausgesetzt, daß der unterbreitete Konzentrationsvorgang erst geplant ist und noch nicht durchgeführt wird. Ferner behält die Behörde das Recht, einen Zivilprozeß anzustrengen, um die Gesetzlichkeit des Planes überprüfen zu lassen. Der Verzicht auf Strafverfolgung gilt schließlich nur für die der Behörde vorgetragenen Tatsachen.

Als Fortschritt wurde empfunden, als die Federal Trade Commission⁷⁹⁾ 1962 dazu übergang, offizielle Auskünfte ("advisory opinions") zu erteilen. Vorher waren nur Stellungnahmen untergeordneter Stellen (at staff level) zu erhalten, die für die Commission nicht verbindlich waren. Nunmehr aber will die F. T. C. das Vertrauen der Beteiligten auf die Auskünfte beachten. Allerdings besteht kein Anspruch auf die Auskunft; diese kann zurückgenommen werden, wenn es im öffentlichen Interesse liegt. In diesem Falle erhalten die Beteiligten Gelegenheit, das auf Grund der Auskunft gutgläubig befolgte Verhalten einzustellen.

6) Im deutschen Recht außerhalb des GWB bezeichnet man als "Negativattest" den Bescheid einer für Genehmigungen zuständigen Behörde, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft keiner Genehmigung dieser Behörde bedürfe. Solche Bescheide sind z. B. in § 5 GrundstücksverkehrsG und § 23 BundesbauG vorgesehen, wo bestimmt ist, daß sie den Genehmigungen gleichstehen.

Abgesehen von diesen gesetzlichen Fällen ist nicht unbestritten, ob die Genehmigungszuständigkeit die Befugnis zur Erteilung von Negativattesten einschließt, oder ob die Behörde wenigstens hilfsweise (für den Fall der Genehmigungsbedürf-

77) vgl. zum Folgenden Kronstein/Miller/Dommer S. 123/124

78) s. a. Schwenk, WuW 1962, 93 ff 102/103, der auch über gesetzgeberische Pläne berichtet.

79) zur Abgrenzung der Zuständigkeit beider Behörden - vgl. Kronstein/Miller/Dommer S. 117 ff

tigkeit) über die Genehmigung sachlich entscheiden muß⁸⁰⁾. Liegt aber ein Negativattest vor, dann ist fraglich, ob es auch ohne gesetzliche Vorschrift die Genehmigung ersetzt. Nach Ansicht des BGH⁸¹⁾ läßt sich diese Frage nicht allgemein lösen: Wo die Genehmigung ausschließlich dem Schutz öffentlicher Interessen diene, könne in dem Negativattest die Verneinung der Schutzbedürftigkeit gesehen werden⁸²⁾; wo die Genehmigung private Interessen schützen solle, sei das nicht möglich, da eine Prüfung der Privatinteressen zur Ausstellung des Negativattests weder erforderlich sei noch im Regelfalle statfinde. Daher könne ein Negativattest des Vormundschaftsgerichts einer Vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht gleich; gegenüber dem privaten Interesse des Mündels an einer sachlichen Prüfung des Rechtsgeschäfts müsse auch das Schutzbedürfnis des auf das Attest vertrauenden Geschäftspartners zurücktreten. Dem deutschen Negativattest entspricht in der VO 17 eher die gleichfalls nicht geregelte Zurückweisung der Anmeldung mangels Verbotswidrigkeit (s. o. 4 b). Hierauf wird noch zurückzukommen sein (s. u. § 10 II 3).

II. Bindung der Kommission durch Erteilung eines Negativattests

A. Das Problem

1) Zunächst muß die Fragestellung präzisiert werden. Es gilt zu bestimmen, inwieweit sich die Kommission in ihrer Handlungsfreiheit bindet, wenn sie ein Negativattest erteilt. In dem durch Art. 2 VO 17 vorgezeichneten Tenor der Entscheidung trifft die Kommission eine Aussage darüber, ob "für sie Anlaß zum Einschreiten besteht". Gegenstand möglicher Bindung ist somit die Befugnis der Kommission, "gegen eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhal-

80) vgl. dazu Deubner, JuS 1963, 194 Nr. 9; s. a. Mattern, LM § 1828 BGB Nr. 2 a. E.

81) Urteil v. 30. 11. 1965, BGHZ 44, 325 ff 326/328 m. Anm. Mattern aaO (80)

82) so für die devisenrechtliche Genehmigung nach MRG 52/53; BGH v. 15. 3. 1951, BGHZ 1, 294 ff 300/303; für die Zustimmung nach § 14 SchwerbeschädigtenG: BAG v. 10. 12. 1964, NJW 1965, 1453; anders BAG v. 28. 1. 1965, BB 1965, 586 für die nach § 9 MutterschutzG nur ausnahmsweise zulässige, mithin stets erforderliche Genehmigung der Kündigung einer Schwangeren.

tensweise auf Grund von Art. 85 I oder Art. 86 d. V. einzuschreiten". Die Frage lautet mithin vorläufig:

Kann die Kommission gegen Absprachen und Verhaltensweisen einschreiten, über die sie vorher ein Negativattest erteilt hat?

Unter "Einschreiten" sind die Verfahren nach Art. 3, 16 und nach Art. 15 II VO 17 zu verstehen. Nach dem Wortlaut des Art. 2 richtet sich das Einschreiten "gegen eine Vereinbarung" usw. Es wurde bereits bemerkt (s. o. § 6 II C 3), daß dieser Sprachgebrauch nicht besonders treffend ist; denn Adressaten jedes Einschreitens sind die beteiligten Unternehmen und nicht Rechtsgeschäfte oder ein Verhalten. In Wahrheit meint Art. 2 das Einschreiten "gegen" die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen "wegen" (aus Anlaß) einer Vereinbarung usw. Der Wortlaut soll wahrscheinlich nur erkennen lassen, daß die Aussage der Kommission möglichst genau auf bestimmte Geschäfte oder Handlungen beschränkt ist.

Eine Eindung der Kommission scheidet somit von vornherein aus, wenn die Beteiligten eine völlig andere Vereinbarung getroffen, einen anderen Beschluß gefaßt oder ihre Verhaltensweise wesentlich geändert haben. Dies folgt aus der Beschränkung der Entscheidung auf "die der Kommission bekannten Tatsachen".

Problematisch bleiben die Fälle, in denen die Kommission

1. wegen einer bestimmten Verhaltensweise ein Negativattest erteilt hat und
2. sodann erkennt, daß diese Verhaltensweise nachweislich einen nicht unerheblichen Verstoß gegen die Kartellverbote darstellt, d. h. "Anlaß zum Einschreiten" bietet.

Ist die Kommission durch ihre im Negativattest abgegebene förmliche Feststellung am Einschreiten gehindert?

2) Vertretene Meinungen

a) Die Ansicht der EWG-Kommission, wie sie aus ihrer Antwort vom 1. 8. 1962 auf Anfrage des Abgeordneten Deringer hervorgeht⁸³⁾, ist bereits teilweise wiedergegeben worden⁸⁴⁾. Die Kommission versichert unter Nr. 2, sie werde "bestrebt sein, den Unternehmen im Rahmen der nach Art. 2 bestehenden Möglichkeiten Sicherheit zu geben". Unter Nr. 3 fährt sie fort:

83) AB I. S. 2136/62

84) s. o. § 6 II C 2

"Für die Frage, ob die Kommission selbst an ihre Erklärung gebunden ist, sind allgemeine Rechtsgrundsätze maßgeblich. Man wird die Kommission zumindest dann für zum Einschreiten berechtigt ansehen müssen, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Erklärung wesentlichen Punkt geändert haben oder wenn die Kommission Tatsachen erfährt, die bei der Abgabe der Erklärung bereits bestanden haben, der Kommission aber unbekannt geblieben sind.

Die bloße Änderung einer Rechtsauffassung dürfte für die Kommission wenigstens in den Fällen ein genügender Anlaß sein, sich von einer Erklärung nach Art. 2 zu distanzieren, in denen der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine Rechtsfrage in einem ähnlich gelagerten Fall abweichend entschieden hat. Der in der Anfrage hervorgehobene Fall dürfte aber in der Praxis nicht häufig sein, denn die Beurteilung eines wettbewerbsrechtlichen Sachverhalts ist von den wirtschaftlichen Begleitumständen abhängig, die niemals statisch sind - wie es in dem erwähnten Fall der Änderung einer Rechtsauffassung vorausgesetzt ist -, sondern sich in einem steten Fluß befinden."

Ähnlich heißt es im Merkblatt ⁸⁵⁾:

"Das Negativattest besagt nur, daß für die Kommission nach den ihr im Zeitpunkt ihrer Entscheidung bekannten Tatsachen kein Anlaß besteht, gegen das Kartell einzuschreiten. Im allgemeinen wird die Kommission später nur dann einschreiten, wenn eine Änderung der Rechtsprechung oder

das Hinzutreten neuer, der Kommission bei ihrer Entscheidung unbekannter Tatsachen dies erforderlich machen".

b) Die Stellungnahme der Literatur ist nicht einheitlich.

Anfangs wurde zumeist eine "Selbstbindung der Kommission", einen bestimmten Sachverhalt nicht zu verfolgen, soweit nicht neue Tatsachen hinzutreten, angenommen ⁸⁶⁾; zum Teil wurden "wesentliche" neue Tatsachen ⁸⁷⁾ oder eine "entscheidende Änderung" des zu Grunde liegenden Sachverhalts ⁸⁸⁾ verlangt.

Abweichend davon führte Schumacher ⁸⁹⁾ aus: es könne zwar damit gerechnet

85) 3. Teil VII 4, S. 25

86) Deringer, WuW 1962, 90; Weyer, DB 1962, 296

87) Deringer, EW 1962, 5

88) Deringer, ABl. S. 2136 Nr. 3

89) Aussprache 1962, 36

werden, daß die Kommission ihre Beurteilung des Sachverhalts auch in Zukunft beibehalten werde; doch bestehe "keine rechtliche Bindung in dieser Hinsicht". Komme es zu einer "Änderung der Ansicht der Kommission", so komme die Verhängung einer Geldbuße (nur) mangels Verschuldens wohl nicht in Betracht. Auch Schlieder⁹⁰⁾ betonte, ein Negativattest binde "rein rechtlich gesehen auch nicht die Kommission selbst, wohl aber praktisch". "Trotz fehlender rechtlicher Bindung" konnten die beteiligten Unternehmen "damit rechnen, daß die Kommission den unterbreiteten Sachverhalt später nicht abweichend beurteilen werde, es sei denn, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Zwischenzeit geändert haben".

Im Anschluß an diese Äußerungen von Präsident der Kommission bezeichnet Deringer⁹¹⁾ die Bindung der Kommission als "nicht formell" (i. S. d. Bindung der Kartellbehörde an eine erstellte Prüfung) sowie als "nur taktisch" im Gegensatz zu "rechtlich"⁹²⁾. Sachlich binde das Negativattest aber insofern, als die Kommission nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts nur unter bestimmten Voraussetzungen von ihrer Entscheidung abweichen könne. Ein Einschreiten auf Grund der ihr bei Erteilung bekannten Tatsachen sei ihr verwehrt. "Neue Tatsachen" brauchten allerdings nicht in dem Verhalten der Beteiligten zu liegen; es genüge, wenn sich "die Verhältnisse auf dem betreffenden Markt geändert" hätten. Für den Fall, daß - wie die Kommission meint (s. o. a) - auch eine Änderung der Rechtsprechung des EuGH die Bindung entfallen lasse, sei "aus Gründen der Rechtssicherheit zu fordern, daß die Kommission die beteiligten Unternehmen erst auf diese Änderung hinweist, ehe sie einschreitet"⁹³⁾.

Nach Gleiss, Hirsch⁹⁴⁾ ist die Kommission nach dem Wortlaut des Art. 2 an das Negativattest "nicht gebunden". Immerhin werde sie nur dann anders entscheiden können, wenn sich der Sachverhalt ändert oder nicht vollständig vorgetragen war. Die Bindung der Kommission insoweit" beruhe auf allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, die sich auch in Art. 8 III a u. c VO 17 niederschlagen hätten.

Schlochauer⁹⁵⁾ stellt fest, daß die VO 17 nicht ausdrücklich bestimme, inwieweit die Kommission an den "Inhalt eines erteilten Negativattests" gebunden sei; ein Widerruf sei nicht vorgesehen. Zu den bekannten Tatsachen i. S. d. Art. 2,

90) BB 1962, 308

91) GRUR-AIT 1962, 285; WuW-Komm. Art. 2 VO 17 N. 6, 9, 10 = WuW 1963, 277/78

92) so im WuW-Komm. (Art. 2 N. 6 FN 2) gegenüber Weyer aaO (86)

93) s. auch Weyer, AWD 1962, 315

94) Art. 2 VO 17 N. 6; ebenso Mailänder S. 67

95) JZ 1963, 105 ff 108, IV

welche die Grundlage des Attestes bildeten, gehöre insbesondere der Entwicklungsstand des Gemeinsamen Marktes, nach dem die Auswirkungen der den Gegenstand des Attestes bildenden Absprachen zu werten seien. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit empfehle es sich, in dem Negativattest auch die Bedeutung der gegenwärtigen Entwicklungsstufe und auf die Möglichkeit eines Widerrufs bei Änderung der zu Grunde liegenden Tatsachen hinzuweisen. Bei gleichbleibendem Sachverhalt könne sich die Kommission auf Grund geänderter Rechtsauffassung nicht über das Attest hinwegsetzen, da es in einem förmlichen Verfahren erteilt werde. Art. 19 und auch Art. 15 I a VO 17 sprächen gegen die Annahme einer unverbindlichen Meinungsäußerung. Die Kommission sei also "durch die bei Erteilung des Negativattests getroffene Beurteilung festgelegt". - Wendt⁹⁶⁾ kritisiert die im Merkblatt⁹⁵⁾ vertretene Meinung, wonach auch die "Änderung der Rechtsprechung" zum Abgehen von einem Negativattest berechtige. Dies sei u. a. bei Änderung der Gesetzgebung in einem bedeutsamen Punkte zulässig. - Dagegen hält Daubler⁹⁷⁾ den Widerruf eines rechtswidrigen Negativattests für möglich. Falls die Beteiligten im Vertrauen auf das Attest Investitionen gemacht haben, sei höchstens ein Widerruf mit Wirkung für spätere Zeit (z.B. zwei Jahre) zulässig.

3) Eine Lösung des aufgeworfenen Problems muß die folgenden Gesichtspunkte beachten:

Die VO 17 und ihre Ausführungsverordnungen regeln eingehend das Verfahren zur Erteilung eines Negativattests. Die Einzelheiten sind in § 3 dargestellt worden. Hier sei lediglich daran erinnert, daß vor jeder Entscheidung nach Art. 2 die Kartellbehörden aller sechs Mitgliedstaaten einzuschalten und ein beratender Sachverständigenausschuß sowie die Beteiligten und betroffene Dritte anzuhören sind. Auch werden der Antrag und die Entscheidung veröffentlicht. Das Bestehen eines solchen förmlichen Verfahrens spricht für eine gewisse Tragweite und damit für grundsätzliche Bestandskraft des erlassenen Hoheitsakts. Ein weiteres Anzeichen für die Selbstbindung der Kommission ist die in Art. 15 I a vorgesehene Sanktion gegen unrichtige oder entstellte Angaben in Anträgen nach Art. 2⁹⁸⁾. Zudem hatte sich (oben I., insbesondere 2 bis 3) ergeben, daß das Negativattest nach seiner Aussage und Natur eine feststellende Endentscheidung über die kartellverwaltungsrechtlichen Beziehungen zwischen Beteiligten und Kommission ist⁹⁹⁾. All dies spricht für eine rechtliche Bindung der Kommission durch ihre Entscheidung.

96) AWD 1964, 20 ff 21

97) NJW 1965, 1646 ff 1650

98) Schlochauer aaO (95) S. 108 r

99) vgl. auch Wendt aaO (96)

Bei der Bestimmung des Umfangs dieser Bindung muß so weit wie möglich die gesetzliche Regelung der VO 17, dargestellt im 2. Kapitel dieser Arbeit, herangezogen werden, zumal es an vergleichbaren Vorschriften in den Mitgliedstaaten fehlt. Ferner ist der Zusammenhang mit dem Antragsrecht nach Art. 3 II VO 17 zu beachten¹⁰⁰⁾.

B. Die gesetzliche Regelung

1) Zu den von Schumacher, Schlieder, Deringer und Gleiss/Hirsch vertretenen Ansichten ist eine terminologische Bemerkung angebracht. Diese Autoren stimmen darin überein, daß sie eine "rechtliche" oder "formelle" Bindung der Kommission an das Negativattest verneinen, andererseits aber eine "praktische", "sachliche" oder "faktische" Bindung bejahen. Es ist nicht eindeutig, was mit diesem begrifflichen Gegensatz ausgedrückt werden soll. Denn die Regelung des Negativattests in den Art. 2, 9, 10, 19 und 21 VO 17 ist sicherlich "rechtlicher" Art. Daran ändert die Beschränkung des Tenors auf die der Kommission bekannten Tatsachen nichts. Auch förmliche kartellverwaltungsrechtliche Erlaubnisse ergehen meist - zumindest stillschweigend - unter der Voraussetzung, daß keine wesentliche Änderung der zu Grunde gelegten Tatsachen eintritt (vgl. z. B. Art. 8 III a VO 17, § 11 IV Nr. 1 GWB). Daß auch die genannten Autoren von diesem Umstand ausgehen, zeigt die Berufung auf die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts", aus denen sich der Umfang der Selbstbindung ergeben soll. Wie weit die Bindung auch gehen mag, stets wird sie rechtlicher Natur sein.

Berechtigt ist allerdings die Gegenüberstellung der Bindungswirkungen des Negativattests und der Freistellungserklärung weil Art. 8 III VO 17 einen förmlichen "Widerruf" dieser Erklärung vorsieht. Insofern kann man auf den ersten Blick von einer ausdrücklichen, "formellen" Bindung der Behörde an die erlaubnisähnliche Erklärung nach Art. 85 III gegenüber der allgemein-verwaltungsrechtlichen Bindung an das Negativattest sprechen, wobei einstweilen noch offen bleibt, ob die Kommission nicht auch das Negativattest förmlich widerrufen muß, wenn sie gegen die Beteiligten wegen eines im Verfahren nach Art. 2 unterbreiteten Sachverhalts einschreiten will (s. u. 2b) und C. 3.),

2) Die beiden vorhandenen gesetzlichen Regelungen, nämlich Art. 2 und Art. 8 VO 17, bedürfen eines näheren Vergleichs. Dabei kann an die Gegenüberstel-

¹⁰⁰⁾ s. o. § 1 III a. E., § 6 II C 3e, § 7 II C 3-4

lung der Rechtsnatur des Negativattests und der Freistellungserklärung angeknüpft werden (s. o. I 4a).

Das Negativattest sagt schon im Tenor, daß kein Anlaß zum Einschreiten lediglich "nach den der Kommission" - im Zeitpunkt ihrer Entscheidung - (101) "bekannten Tatsachen"

besteht.

Die Erklärung nach Art. 85 III enthält keinen solchen Vorbehalt. Die Anpassung an eine naturgemäß immer zu erwartende Änderung der gesamtwirtschaftlichen Lage und der Marktverhältnisse wird allerdings dadurch vorbereitet, daß die Erklärung nur für eine bestimmte Zeit abgegeben wird und außerdem mit - auch auflösenden - Bedingungen (z. B. ; Erreichen der nächsten Stufe des Gemeinsamen Marktes nach Art. 9 d. V.) verbunden werden kann; Art. 8 I VO 17. Die eigentlichen mit Art. 2 vergleichbare Regelung stellt Art. 8 III dar. Nach Satz 1 dieser Vorschrift kann die Kommission "die Erklärung widerrufen ... (102),

- a) wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einer für die Erklärung wesentlichen Punkt geändert haben,
- b) wenn die Beteiligten einer mit der Erklärung verbundenen Auflage zuwiderhandeln,
- c) wenn die Erklärung auf unrichtigen Angaben beruht oder arglistig herbeigeführt worden ist,
- d) wenn die Beteiligten die durch die Erklärung erlangte Freistellung von den Vorschriften des Artikels 85 Absatz (1) des Vertrages mißbrauchen."

In den Fällen der Buchstaben b), c) und d) kann die Erklärung auch "mit rückwirkender Kraft widerrufen werden". Die Aufzählung der Widerrufsgründe ist abschließend (103). Gem. Art. 21 I VO 17 erfolgt der Widerruf in Form einer zu veröffentlichenden Entscheidung.

Zunächst sei festgehalten, in welchen Punkten beide Regelungen übereinstimmen,

101) allgem. Meinung - s. z. B. Merkblatt S. 25 u. Deringer Art. 2 N. 9

102) "oder ändern oder den Beteiligten bestimmte Handlungen untersagen" (vgl. dazu Art. 16 I VO 17)

103) s. z. B. Merkblatt S. 25; Deringer, Art. 8 N. 4; Schlochauer, JZ 1963, 105 ff 107, III.

aa) Machen die beteiligten Unternehmen in einem Antrag nach Art. 2 - auch schuldlos - unrichtige Angaben oder führen sie das Negativattest arglistig herbei (etwa durch Zeugenbeeinflussung oder Zuspätschicken unrichtiger Geschäftsunterlagen nach Art. 14 I a VO 17), so sind die wahren Tatsachen der Kommission nicht "bekannt" gewesen, und ein Einschreiten - auch wegen vergangenen Tuns - ist möglich. Gleiches gilt nach Art. 8 III Satz 1c) und Satz 2 VO 17 ¹⁰⁴⁾.

bb) Ferner ist der "Mißbrauch der durch die Entscheidung erlangten Position" ¹⁰⁵⁾ sowohl "unbekannte Tatsache" i. S. d. Art. 2 als auch Widerrufsgrund mit möglicher Rückwirkung nach Art. 8 III d).

cc) Haben sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Entscheidungen nach Art. 2 oder 6 VO 17 wesentlichen Punkt geändert, so kann die Kommission nunmehr ohne Rücksicht auf das Negativattest bzw. - nach Widerruf gem. Art. 8 III a - ohne Bindung an die Freistellungserklärung einschreiten. Beispielsweise kann eine ursprünglich unschädliche oder freigestellte Absprache dadurch zur Zuwiderhandlung werden, daß die bei Entscheidung vorhandenen wichtigsten Mitbewerber fortfallen.

b) An dieser Stelle zeigen sich Unterschiede.

aa) Die "Änderung der Tatsachen" schafft nämlich mit Eintritt der Änderung zugleich "der Kommission bei Erteilung des Attests nicht bekannte Tatsachen", die i. S. d. Art. 2 erheblich sind. Die Kommission kann sofort gegen den neuen Sachverhalt vorgehen, ist dazu aber nicht gezwungen, weil die im Negativattest getroffene Feststellung von selbst in dem Augenblick der Änderung ihre Schutzwirkung verliert. Die Behörde kann also zunächst abwarten, ermitteln und in Ruhe prüfen, ob sich die Verhängung eines Bußgeldes nach Art. 15 II a VO 17 empfiehlt. Mehr Eile ist allerdings dann geboten, wenn eine andauernde Handlung fortgesetzt wird; hier wird das sofortige Vorgehen nach Art. 3 - zumindest in der Form des Abs. III - angebracht sein, schon um eine Amtspflichtsverletzung zu vermeiden.

Anders ist die Rechtslage, falls eine Erklärung nach Art. 85 III erteilt ist; ändert sich der Sachverhalt, dann muß sich die Kommission sogleich darüber schlüssig werden, ob sie nach Art. 15 II a einschreiten soll. Die Änderung als solche

104) Auch die Bußgeldandrohung nach Art. 15 Ia - c ist die gleiche.

105) - die beim Negativattest auf Grund der Veröffentlichungen nach Art. 19 u. 21 VO 17 zumindest in einem Rechtsschein zu Gunsten der Beteiligten besteht -

macht die Erklärung noch nicht kraftlos. Vielmehr bedarf es eines ausdrücklichen Widerrufs gem. Art. 8 III a, der nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) gültig (Art. 8 III 2) und zu veröffentlichen ist (Art. 21 VO 17). Einer Bußgeldfestsetzung ohne vorhergehenden Widerruf steht in diesem Fall die formelle Freistellung entgegen. Entsprechendes gilt für die Berücksichtigung des vor dem Widerruf liegenden Teils einer fortgesetzten Zuwiderhandlung bei Bemessung der Höhe des Bußgeldes (Art. 15 II 2 VO 17).

Eine "Änderung der tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt" wirkt sich also auf Negativattest und Freistellungserklärung verschieden aus: das Attest bindet automatisch nicht mehr, während die Freistellung förmlich widerrufen werden muß, um ihre Bindungswirkung zu verlieren. Vor dem Widerruf ist das Verfahren nach den Art. 10 III ff, 19 I u. 21 VO 17 einzuhalten. Dieses Ergebnis unterstreicht einen Unterschied, der schon bei der Abgrenzung beider Entscheidungen ihrer Rechtsnatur nach (oben I 4a) hervortrat. Das Negativattest ist verbindliche Rechtsauskunft, feststellende Entscheidung. Es erschöpft sich in der förmlichen Feststellung des Ergebnisses, das die Kommission bei der Subsumtion der "ihr bekannten Tatsachen" unter die Verbotsnormen gewonnen hat. Die Verbindlichkeit dieser Beurteilung für die Kommission folgt nicht aus einer Rechtsgestaltung, sondern aus dem Gedanken der Rechtssicherheit, dem das Verfahren nach Art. 2 im ganzen dient.

Demgegenüber gestaltet eine Freistellungserklärung die Rechtslage neu. Sie erklärt - konstitutiv - die Verbotsnorm für nicht anwendbar. Dieser Rechtszustand kann folglich nur durch einen weiteren Gestaltungsakt, einen konstitutiven Widerruf, beendet werden. Wäre Art. 85 III eine "Legalausnahme", dann müßte wohl konsequenterweise auch ein Widerruf wegen "Änderung der tatsächlichen Verhältnisse" mit rückwirkender Kraft möglich sein. Erfüllung und Nichterfüllung des Tatbestands der Legalausnahme brauchte dann nur noch - deklaratorisch - festgestellt zu werden ¹⁰⁶⁾.

Der Gestaltungswirkung in dem genannten Sinne stehen die Fälle b) bis d) des Art. 8 VO 17 nicht entgegen, weil dort die Beteiligten selbst die unerwünschten Handlungen ausführen, für die der rückwirkende Widerruf eine Art Sanktion darstellt. Dagegen trifft der Fall a) nach seinem Wortlaut - "die Verhältnisse" haben "sich" geändert - nur Sachverhalte, bei denen die Änderung den Beteiligten nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

bb) Beruht die Freistellungserklärung auf unrichtigen Angaben oder ist sie arglistig herbeigeführt worden, so kann sie nach Art. 8 III c auch rückwirkend widerrufen werden. Dieser Fall zeichnet sich gegenüber den Buchstaben a, b und d des

¹⁰⁶⁾ vgl. Deringer, WuW 1962, 81 ff 84 u. WuW-Komm., Art. 8 VO 17 N. 5

Art. 8 dadurch aus, daß er im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene, der Kommission aber damals "unbekannte" Tatsachen als Widerrufsgrund gelten läßt. Die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse (a), das Handeln entgegen einer mit der Erklärung verbundenen Auflage (b) und der Mißbrauch einer erlangten Freistellung (d) liegen notwendig zeitlich nach der Abgabe der Erklärung nach Art. 85 III. Die unrichtigen Angaben und das arglistige Verhalten (c) haben die Erklärung dagegen erst "herbeigeführt", so daß sie auch darauf "beruht". Da Art. 8 VO 17 die Widerrufsgründe erschöpfend aufzählt, ist Art. 8 III c keiner ausdehnenden Auslegung fähig. Somit darf die Kommission eine Freistellungs-erklärung aus bei Abgabe der Erklärung gegebenen Gründen nur widerrufen, wenn sie einen der beiden in c des Art. 8 genannten Fälle nachweisen kann.

Anders beim Negativattest: Dieses ergeht "nach den der Kommission bei Erteilung bekannten Tatsachen". Die Feststellung gilt also von vornherein nicht für "der Kommission bei Erteilung unbekannte Tatsachen". Im Unterschied zu Art. 8 III ist es nun bei Art. 2 VO 17 gleichgültig, aus welchen Gründen die erheblichen Tatsachen der Kommission unbekannt geblieben waren. Insbesondere muß sie nicht nachweisen, daß die Antragsteller

1. unrichtige Angaben gemacht oder
2. das Negativattest arglistig herbeigeführt haben.

Bei diesem Vergleich wird verständlich, warum die Kommission vor Abgabe einer Erklärung nach Art. 85 III regelmäßige Ermittlungen nach Art. 11 ff VO 17 anstellen wird¹⁰⁷⁾. Die Vorschrift des Art. 8 III c nötigt zu diesem Verfahren, weil die bloße (d. h. die nicht von den Beteiligten vorsätzlich herbeigeführte) Unkenntnis tatsächlicher Verhältnisse den Widerruf nicht rechtfertigt. Dagegen kann sich die Kommission im Verfahren zur Erteilung eines Negativattests mit einer Entscheidung "lediglich auf Grund der ihr bekannten Tatsachen"¹⁰⁷⁾, d. h. häufig nur auf Grund des von den Beteiligten unterbreiteten Sachverhalts, begnügen. Anders gewendet: widerruft die Kommission eine Freistellungs-erklärung aus Gründen, die bei Erteilung gegeben waren, so muß sie den Beteiligten einen der Tatbestände des Art. 8 III c nachweisen. Schreitet sie gegen die Inhaber eines Negativattests ein, so braucht sie nur ihre Unkenntnis darzutun, was ihr dann leichtfallen wird, wenn sie nur auf Grund des von den Antragstellern unterbreiteten Sachverhalts entschieden hat. Die Beteiligten müßten dagegen beweisen, daß die angeblich unbekannten Tatsachen der Kommission aus anderen Umständen bekannt waren (s. u. C 1 b).

Für die Praxis folgt aus diesem Ergebnis zweierlei. Erstens haben es die beteiligten Unternehmen selbst in der Hand, wie ausführlich sie den Sachverhalt vortragen. Je vollständiger ihre Angaben sind, desto stärker wird die Bindungswirkung

107) s. Merkblatt 3. Teil VII 3, S. 25, und oben § 6 I C 1 a

des Negativattests sein¹⁰⁸⁾. Außerdem ist die Bußgeldandrohung des Art. 15 I a, die sich auch gegen "entstellte" Angaben richtet, zu beachten. Eine Pflicht der Kommission zu weitergehenden Ermittlungen im Interesse der Beteiligten kann nicht angenommen werden. Art. 2 VO 17 bringt ohnehin einen gewissen Verlust an Bewegungsfreiheit der Behörde mit sich. Wenn die Unternehmen selbst die wesentlichen Umstände vortragen müssen, dann ist dies keine unzumutbare Obliegenheit; zudem dient sie der Vereinfachung der Verwaltungskontrolle, ein auch in Art. 87 d. V. hervorgehobener Gesichtspunkt.

Zweitens ist es zur Vermeidung von Prozessen und Beweisschwierigkeiten sowie im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit geboten, daß die Kommission in der Begründung des Negativattests möglichst eindeutig und vollständig angibt, welche "ihr bekannten Tatsachen" sie der Entscheidung zu Grunde legt. Hier-von war schon ausführlich die Rede¹⁰⁹⁾.

C. Folgerungen

Die Selbstbindung der Kommission ist nach der Aussage des Negativattest-Tenors begrenzt auf die ihr bekannten Tatsachen. Es fragt sich nunmehr im einzelnen,

- (1) was nach Art. 2 VO 17 erhebliche Tatsachen sind,
- (2) insbesondere ob auch die Änderung der Rechtsauffassung der Kommission das Abgehen von dem Attest rechtfertigt.

Schließlich ist

- (3) die Form des Abgehens von einem Negativattest zu bestimmen.

1) a) Nach Art. 2 VO 17 erhebliche "Tatsachen", bei deren Gleichbleiben die Kommission an ihre im Negativattest erklärte Ansicht gebunden ist, können nur solche Umstände sein, die für die Beurteilung des unterbreiteten Sachverhalts auf Grund von Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag beachtlich sind. Der Kommission erst neuerdings bekannte Tatsachen sind somit jedenfalls dann erheblich, wenn sie es rechtfertigen, den nunmehr bekannten Gesamtsachverhalt bei Zugrunde-
legung der im Negativattest vertretenen Rechtsauffassung unter eine der Verbots-
normen zu subsumieren. Die Tatsachen müssen "wesentlich" für eines der Tatbestandsmerkmale sein (vgl. Art. 8 III a VO 17). Hatte die Kommission also in ihrer Entscheidung festgestellt, daß eine Absprache nicht "den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet" sei, so liegt eine we-

108) s. z. B. Merkblatt 2. Teil II 2, S. 9; Deringer, GRUR-AIT 1962, 285

109) s. o. § 6 II D 1

sentliche neue Tatsache vor, wenn sich nachträglich eine Störung des Handels infolge der Absprache herausgestellt oder doch als gut möglich erwiesen hat. Ist die Kommission im Negativattest davon ausgegangen, daß in dem betreffenden Wirtschaftszweig noch gewichtige Wettbewerber außerhalb des Kartells vorhanden seien, so entfällt die Bindung, falls eine Absprache des Kartells mit diesen angeblich ungebundenen Mitbewerbern bei Entscheidung vorlag oder nachträglich getroffen wird. Nach dem oben (B 2 b aa) Gesagten können unbekannte Tatsachen nicht nur die bei Abgabe des Attests gegebenen Umstände des Einzelfalles sein; auch "wesentliche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse" (Art. 17 III) insbesondere Änderungen der wirtschaftlichen Gesamtlage mit Auswirkungen auf den von dem Kartell geregelten Markt, fallen darunter (allgemeine Meinung, s. o. A 2). Wesentliche neue Tatsachen sind u. U. auch Anträge von Mitgliedstaaten und betroffenen Personen nach Art. 3 II VO 17, allerdings grundsätzlich nur dann, wenn sie neue Tatsachen - etwa die Schädigung des Antragstellers durch das Kartell - erbringen. Hat die Kommission im Attest ausgesprochen, daß sie nur wegen der geringen Bedeutung des an sich erwiesenen Verstoßes vom Einschreiten absehe¹¹⁰⁾, so erstreckt sich die Entscheidung schon ihrer Aussage nach nur auf das Einschreiten von Amts wegen, so daß eine Bindung gegenüber zulässigen Anträgen nach Art. 3 II b von vornherein nicht angenommen werden kann¹¹¹⁾. Daraus folgt, daß die Kommission ihre Aussage zumindest in den Gründen auf das Einschreiten von Amts wegen beschränken muß¹¹²⁾.

b) Prozessual ist vor allem von Interesse, wie im Streitfall zu klären ist, ob eine Tatsache der Kommission "bekannt" war.

Auf die wichtige Aufgabe, die in diesem Zusammenhang den Angaben der Antragsteller und den Entscheidungsgründen der Kommission zukommt, ist bereits mehrfach hingewiesen worden¹¹³⁾. Schreitet die Kommission gegen ein Kartell ein, das ein Negativattest besitzt, so können sich die Beteiligten zum Beweis der "Kenntnis" vor allem auf diese Zusammenstellungen der Tatsachen berufen. Als der Kommission bekannt muß auch gelten, was in sonstigen - insbesondere konjunkturpolitischen oder statistischen - Veröffentlichungen der Kommission (vgl. z. B. Art. 20 III u. Art. 12 VO 17) enthalten, sowie, was der Kommission in anderen von ihr entschiedenen Verfahren auf Grund der VO 17 unterbreitet worden ist. Was die allgemeinen Marktverhältnisse, die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, Preisbewegungen, Preiserstarrungen u. a., sowie Größe und Struktur von Unternehmen betrifft, so wird die Kommission

110) d. h.: das öffentliche Interesse verneint - s. o. § 6 II, C 3e, § 7 II C 3

111) vgl. Deringer, Art. 2 N. 4 u. 10; s. a. unten 2

112) s. o. § 6 II D 1

Kenntnisse bei nach Art. 12 VO 17 eingeleiteten Untersuchungen erlangen. Nichts anderes gilt für allgemein zugängliche Veröffentlichungen der nationalen Kartellbehörden, insbesondere in deren Amtsblättern, auch wenn sie der Kommission nicht gem. Art. 10 VO 17 übermittelt worden sind. Im Hinblick auf die Feststellungslast der Kommission ¹¹³⁾ hat sie im Zweifel zu beweisen, daß die nunmehr als "Anlaß zum Einschreiten" angegebene Tatsachenlage bei Erteilung unbekannt war. Dieser Beweis muß nach dem Gesagten als geführt gelten, wenn die umstrittene Tatsache weder im Antrag (VO 27), noch in den Gründen (Art. 190 d. V.) oder in den sonstigen aktenkundigen Erklärungen innerhalb des Verfahrens (wie z.B. Stellungnahmen nach Art. 10 II u. III ff, Auskünfte nach Art. 11, Niederschriften über Nachprüfungen nach Art. 13, 14 und Anhörungen nach Art. 19 VO 17 i. V. m. Art. 3, 5, 9 IV VO 99) enthalten ist.

Die Beteiligten können dagegen vor allem einwenden, die Tatsache sei der Kommission ausweislich eigener oder auf Grund bekannter Untersuchungen oder fremder, allgemein zugänglicher Veröffentlichungen, oder aus Parallelverfahren bekannt gewesen.

Da die VO 17 ¹¹⁴⁾ kein Recht interessierter Personen auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren gibt (Art. 20 VO 17) ¹¹⁵⁾, sind die Beteiligten dabei auf die Veröffentlichungen gem. Art. 19 III und 21 VO 17 oder mögliches Zufallswissen angewiesen. Hier wird erneut deutlich, wie wichtig der eigene Vortrag der Beteiligten für die Bindungswirkung des Negativattests ist.

c) Man kann sich fragen, ob die Beteiligten der Kommission entgegenhalten können, daß die nunmehr zur Begründung des Einschreitens angezogenen "neuen Tatsachen" im Zeitpunkt der Erteilung des Negativattests vorhersehbar waren, so daß es arglistig sei, sie nunmehr zur Grundlage des Einschreitens zu machen. Zu denken ist dabei an gesetzmäßige Entwicklungen, wie z.B. das Inkrafttreten von Gesetzen oder der Übergang zu einer höheren Stufe i. S. d. Art. 8 EWG-Vertrag.

Unter den "der Kommission bei Erteilung des Attests bekannten Tatsachen" wird man aber nur gegenwärtige oder zurückliegende Umstände verstehen können. Einmal sind vorhersehbare Tatsachen nicht "bekannt" sondern nur "zu erwarten". Vor allem aber pflegen auch gesetzmäßig vorhersehbare Änderungen (wie etwa nach Art. 8 d. V. oder nach wirtschaftlichen Voraussagen) mit so vielen Nebenwirkungen einherzugehen, daß eine sichere Vorhersage nicht möglich sein wird, zumal stets politische Ereignisse in den geplanten Ablauf eingreifen können. Eine

113) s. o. § 6 II C 3 d

114) ebensowenig wie das GWB - vgl. § 71 II sowie Junge, Gem. Komm. § 46 N. 28 und Zweigert, ebenda, § 71 N. 3

115) vgl. zum Verfahren vor dem EuGH Art. 15 § 4, 53 § 2 der Verfahrensordnung

Bindung der Kommission über vorhersehbare wesentliche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse hat zudem keine Stütze in der VO 17, auch nicht in Art. 8 III a. Im Interesse der Rechtssicherheit bietet sich in Ausnahmefällen eine ausdrückliche "Befristung" der getroffenen Feststellung an ¹¹⁶⁾.

2) Es bleibt die von Deringer ¹¹⁷⁾ aufgeworfene Frage zu klären, ob die Kommission auch bei "Änderung ihrer Rechtsansicht" gegen einen Sachverhalt vorgehen kann, für den sie ein Negativattest erteilt hat.

a) Die Kommission hatte am Ende ihrer Antwort vom 1.8.1962 ¹¹⁸⁾ betont, dieser Fall werde praktisch nicht häufig vorkommen, weil die "wirtschaftlichen Begleitumstände ... sich in einem stehenden Fluß befinden". Dem ist entgegenzuhalten, daß nur im Hinblick auf Art. 85 I, 86 "wesentliche" Veränderungen ein Abweichen von der Entscheidung rechtfertigen können (s.o. 1 a); außerdem obliegt es im Streitfalle der Kommission, eine solche wesentliche Veränderung nachzuweisen (s.o. 1 b). Unterstellt man einmal einen im wesentlichen statischen Sachverhalt, so genügt die Änderung der Rechtsauffassung grundsätzlich nicht, um die Bindung an ein Negativattest zu beseitigen ¹¹⁹⁾. Dies folgt aus der Rechtsnatur des Negativattests als verbindlicher Sachentscheidung sowie auch aus dem Wortlaut des Art. 2 und des Art. 8 III a VO 17, die von "Tatsachen" sprechen; Rechtsansichten sind dagegen "Bewertungen von Tatsachen" (Werturteile).

Dieser Grundsatz muß uneingeschränkt für die Zeit gelten, die zwischen Erteilung des Attests und dem Augenblick liegt, in dem die Kommission den Beteiligten ihre geänderte Rechtsauffassung mitteilt. Mit Bezug auf diese Zeitspanne käme vor allem das "Einschreiten" nach Art. 15 II a VO 17 in Betracht, da der vergangene Teil eines fortgesetzten Verstoßes i. d. R. nicht mehr nach Art. 3 "abgestellt" werden kann. Die Festsetzung einer Geldbuße ist aber regelmäßig ausgeschlossen, wenn die Beteiligten auf die Beibehaltung der im Negativattest geäußerten Rechtsansicht vertrauen und damit schuldlos handeln ¹²⁰⁾. Zwar ist auch eine rückwirkende Abstellung von Verstößen nach Art. 3 VO 17 denkbar (etwa durch das Gebot, eine Vertragsklausel, aus der jetzt noch Ansprüche wegen vergangenen Verhaltens des Vertragspartners erhoben werden könnten, aufzuheben); doch kann aus Gründen der Rechtssicherheit eine rückwirkende Anordnung nicht zulässig sein.

116) s.o. § 6 II B 4

117) ABl. S. 2136/62 zu 3.

118) s.o. FN 84

119) vgl. Schlochauer aaO (95); Wendt aaO (96)

120) vgl. Schumacher aaO (89); s.a. o. § 6 I A 4b

Hat die Kommission den Adressaten eines Negativattests mitgeteilt, daß sie ihre Rechtsauffassung geändert habe, so ist das Vertrauen der Beteiligten in den Bestand der Entscheidung erschüttert. Es fragt sich jedoch, ob die Beteiligten sich - das Gleichbleiben der Sachlage vorausgesetzt - weiterhin auf die Bindungswirkung berufen können.

b) Hier bedarf es einer Klarstellung. Eine Änderung der Rechtsansicht ist nur dann geboten, wenn sich die dem Negativattest zu Grunde liegende Auffassung als falsch, die Entscheidung also als sachlich rechtswidrig erweist. Darüber hinaus kommt eine "Änderung" der Rechtsansicht, die sich ja am objektiven Recht auszurichten hat, nicht in Betracht. Zwar wird es gerade bei der Beurteilung komplexer und dynamischer wirtschaftlicher Vorgänge nach kartellrechtlichen Normen vorkommen, daß verschiedene Lösungen vertretbar wären. Dies gilt in besonderem Maße für die Art. 85 u. 86 d. V., die eine Reihe "unbestimmter Gesetzesbegriffe" enthalten. Diese Schwierigkeit bei der Anwendung des EWG-Kartellrechts aber war es gerade, die Parlament und Rat der EWG veranlaßte, mit dem Negativattest eine Verfahrensbestimmung einzuführen, die den Unternehmen eine gewisse Rechtssicherheit gewährleisten sollte¹²¹). Das Gleichbleiben der tatsächlichen Verhältnisse vorausgesetzt, soll die Entscheidung - jedenfalls im Verhältnis der Kommission zu den Beteiligten - bindend feststellen, daß kein Anlaß zu verwaltungsrechtlichen Maßnahmen besteht¹²²). Ist die Kommission dabei von einer zutreffenden oder zumindest vertretbaren Rechtsauffassung ausgegangen, und hat kein betroffener Dritter die Entscheidung angefochten, so darf ihre Bestandskraft nicht unter Berufung auf die bloße Änderung der Rechtsansicht beseitigt werden. Eine solche "Änderung" wäre - stets die Konstanz der Sachlage unterstellt - in Wahrheit ein unzulässiges Abweichen von einer richtigen bzw. von einer (im Rahmen des der Kommission eingeräumten Beurteilungsspielraums und Handlungsermessens im Zeitpunkt der Entscheidung rechtmäßigen und durch das Negativattest im Einzelfall bindend gewordenen Rechtsansicht.

Anders ist die Lage, wenn die Kommission nach Erteilung des Negativattests entweder selbst oder infolge einer Entscheidung des EuGH in ähnlicher Sache erkennt, daß sie der Erteilung eine auch bei Würdigung ihres Ermessens unrichtige Rechtsauffassung zu Grunde gelegt hat. Hier steht dem Bedürfnis der Beteiligten nach Rechtssicherheit das legitime Interesse der Kommission und der EWG überhaupt an der "Verwirklichung der in den Art. 85 und 86 niedergelegten Grundsätze" (Art. 89, 155) gegenüber. Das Negativattest ist inhaltlich "rechtswidrig", weil es die Kartellvorschriften verletzt, wobei hier außerdem unterstellt wird, daß

121) s.o. § 5 II 5

122) s.o. I 3

nach richtiger Einsicht der Kommission auch ein öffentliches Interesse am Einschreiten zu bejahen war. Eine solche Verletzung des Vertrages oder der VO 17 kann nach Art. 173 I Grund für eine Nichtigkeitsklage zumindest der Mitgliedstaaten oder des Rates sein. Wird eine solche Klage aber nicht fristgerecht erhoben (Art. 173 III), so sollte zumindest eine rückwirkende "Nichtigkeitserklärung" durch die Kommission nicht in Betracht kommen (vgl. Art. 174 d. V.). Eine ex tunc wirkende "Rücknahme" des Attests sollte auch daran scheitern, daß die Kommission notwendigerweise ohne Verschulden der Beteiligten ¹²³⁾ eine falsche Rechtsansicht zu Grunde gelegt hat (s. näher unten d).

c) Daher kommt in erster Linie der "Widerruf" des Negativattests ex nunc in Betracht, dessen Zulässigkeit sich nach "allgemeinen Rechtsgrundsätzen" ¹²⁴⁾ bestimmt. Art. 8 III VO 17 ist in diesem Punkte nicht ergiebig, weil diese Vorschrift den Fall der Freistellung, die wegen des von der Kommission zu Grunde gelegten Rechtsstandpunkts rechtswidrig ist, nicht aufführt. Daraus wird man schließen müssen, daß die Erklärung nach Art. 85 III nicht wegen Änderung der Rechtsauffassung widerrufen werden kann.

Diese Regel ist nicht ohne weiteres auf das Negativattest übertragbar. In seinem Kern bleibt das Attest Feststellung einer Rechtslage, d. h. Subsumtion, während die Freistellung rechtsgestaltend wirkt, und dies vorsorglich nur für eine bestimmte Zeit (Art. 8 I VO 17). Andererseits soll auch das Negativattest nach seinem Sinn und Zweck die beteiligten Unternehmen insofern "begünstigen", als die Kommission in einer förmlichen ~~Erkenntnis~~ Entscheidung zusagt, daß sie nicht einschreiten werde (s. o. I 3). Die Beteiligten erlangen mithin gegenüber der Kommission ein Recht auf Unterlassung des Einschreitens wegen des bei Erteilung bekannten Sachverhalts.

Nach all dem handelt es sich um das Problem der Zulässigkeit des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte, "eine der Rechtssprechung und der Lehre in allen Ländern der Gemeinschaft wohlvertraute verwaltungsrechtliche Frage, für deren Lösung der Vertrag jedoch keine Vorschriften enthält". Sie ist daher "unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtssprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln zu entscheiden" ¹²⁵⁾. Der Gerichtshof (der EGKS) hat in dem Falle Algera u. a. gegen Gemeinsame Versammlung der EGKS ¹²⁵⁾

123) denn sie entscheidet in eigener Verantwortung, vgl. z. B. H. J. Wolff, § 53 III c 2 (S. 305)

124) Kommission, ABl. S. 2137/62 zu 3

125) verbundene Rechtssachen 7/56 und 3-7/57, Urteil v. 12. 7. 1957, RSpr. III 91 ff 118; vgl. zum Folgenden die rechtsvergleichenden Ausführungen von Däubler, NJW 1965, 1646 ff

im Anschluß an Generalanwalt Lagrange ¹²⁶⁾ auf Grund rechtsvergleichender Untersuchungen festgestellt, daß in den Mitgliedstaaten ein Verwaltungsakt, der dem Betroffenen wirksam subjektive Rechte verliehen hat, grundsätzlich nicht widerrufen werden kann, sofern er rechtmäßig war. In diesem Falle überwiege das Bedürfnis, das Vertrauen auf dem dauernden Fortbestand der geschaffenen Rechtsstellung zu schützen, gegenüber dem Interesse der Verwaltungsbehörde an einer Rücknahme ihrer Entscheidung. "War der Verwaltungsakt dagegen rechtswidrig, so ist nach dem Recht aller Mitgliedstaaten sein Widerruf zulässig. Der Mangel einer objektiven gesetzlichen Grundlage des Verwaltungsaktes haftet auch dem subjektiven Recht des Betroffenen an und rechtfertigt den Widerruf". Dies gelte auch für die sogenannten "wohlerworbenen Rechte" der Beamten ¹²⁷⁾.

Die "Voraussetzungen für die Ausübung des Widerrufsrechts" seien jedoch unterschiedlich geregelt.

Im entschiedenen Falle ging es vor allem um die Frage, ob die einem Beamten verliehene Rechtsposition (Dienststrang, Gehaltsstufe) jederzeit widerrufen werden kann.

Wie der EuGH dazu feststellt, verlangt das französische Recht ¹²⁸⁾, daß der Widerruf des rechtswidrigen Verwaltungsaktes vor Ablauf der für die Erhebung der Anfechtungsklage vorgesehenen Frist (von regelmäßig zwei Monaten) erfolgt und, falls eine Anfechtungsklage erhoben worden ist, bevor das Urteil ergeht ¹²⁹⁾.

Im belgischen, luxemburgischen und niederländischen Recht gelten, bis auf gewisse abweichende Einzelheiten, entsprechende Regeln.

Dagegen kennt das deutsche Recht ¹³⁰⁾ keine Frist für die Ausübung des Widerrufs, es sei denn, eine besondere Bestimmung sehe eine solche Frist vor. So gestattet § 13 II des Bundesbeamtengesetzes (BGBl. 1961 I 1802) die Rücknahme einer Beamtenernennung nur innerhalb einer Frist von 6 Monaten seit Kenntnis von dem Rücknahmegrund. Ferner ist jedoch anerkannt, daß einem ungerechtfertigten verspäteten Widerruf, der viel später erfolgt, als dies nach den Um-

126) RSpr. III 161-163

127) s. dazu EuGH und Lagrange aaO S. 117, 163

128) s. zur Widerrufslehre allgem. z.B. J.M. Auby, R.D.P. 1959 S. 431 ff; Jeanneau S. 99 ff; Auby/Drage, Nr. 1157 = Band III S. 31 ff

129) Lagrange aaO (126) S. 162; ständige Rechtsprechung des Conseil d'Etat seit 3.11.1922, "dame Cachet", R.D.P. 1922 S. 552; s. dazu z.B. Auby/Drage aaO (28), Forsthoft S. 241

130) vgl. z.B. H.J. Wolff § 53, S. 297 ff; Forsthoft § 13 Nr. 2, S. 238 ff; Zeidler S. 63 - 76

ständen möglich gewesen wäre, der Grundsatz von Treu und Glauben entgegensteht. Rechtsprechung und Lehre ziehen in diesem Zusammenhang auch die Rechtsbegriffe des Verzichts und der Verwirkung heran ¹³¹⁾,

Nach italienischem Verwaltungsrecht kann jeder Verwaltungsakt, der mit Unzuständigkeit, Gesetzesverletzung oder Ermessensüberschreitung ("eccesso di potere") behaftet ist, von der Verwaltungsbehörde, die ihn erlassen hat, mit rückwirkender Kraft widerrufen werden, ungeachtet der subjektiven Rechte, die er verliehen haben mag. Dieser Widerruf ist jederzeit zulässig. Eine ungerechtfertigte Verzögerung des Widerrufs kann jedoch eine Ermessensüberschreitung darstellen; vor langer Zeit ergangene Verwaltungsakte ("fatti avvenuti da lunga data") sollen aufrechterhalten werden, selbst wenn sie rechtswidrig waren, es sei denn, ihr Widerruf liege aus Gründen höherer Ordnung im öffentlichen Interesse ¹³²⁾,

Abschließend bejaht der EuGH in Übereinstimmung mit den Schlußanträgen des Generalanwalts grundsätzlich die Zulässigkeit des Widerrufs rechtswidriger Verwaltungsakte auch im Gemeinschaftsrecht "zum mindesten innerhalb einer angemessenen Frist".

In einem anderen beamtenrechtlichen Fall ¹³³⁾ hat der EuGH ausgeführt: "Erkennt eine Verwaltungsbehörde, daß eine Vergünstigung infolge irriger Auslegung einer Vorschrift gewährt worden ist, so darf sie die frühere Verfügung abändern. Ein Widerruf wegen Rechtswidrigkeit kann zwar in bestimmten Fällen mit Rücksicht auf wohlerworbene Rechte nicht ex tunc erfolgen, stets jedoch ex nunc".

In zweifacher Hinsicht interessant für das hier erörterte Problem ist das Urteil des EuGH v. 22. 3. 1961 i. S. SNUPAT gegen Hohe Behörde der EGKS (II) ¹³⁴⁾. Einmal war die wettbewerbsrechtliche Frage zu entscheiden, ob die Freistellung zweier Mitbewerber der Klägerin von gewissen Abgaben dieser gegenüber eine Diskriminierung darstellte. Vor allem aber sah der EuGH die Änderung seiner Rechtsprechung in der einem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Rechtsfrage (in anderer Sache) als "Änderung der für den Erlaß des früheren Aktes maßgeblichen Umstände und Voraussetzungen" an, auf Grund deren die Verwaltungsbehörde verpflichtet sei, ihren früheren Rechtsstandpunkt zu überprüfen und den früheren Verwaltungsakt möglicherweise sogar mit Wirkung ex tunc zu widerrufen ¹³⁵⁾.

131) vgl. etwa H. J. Wolff S. 309

132) vgl. Däubler, NJW 1965, 1646 ff, 1649 mit Nachweisen

133) Urteil v. 1. 6. 1961 i. S. 15/60, RSpr. VII 239 ff 259; s. auch Roemer, ebenda S. 265 ff 273

134) verbundene Rechtssachen 42 u. 49/59, RSpr. VII 107 ff

135) aaO (134) S. 162/63, und dazu Lagrange, S. E. W. 1962, 81, 88

Die Hohe Behörde hatte den von den Konkurrenten der Klägerin (Hoogovens und Breda Siderurgica) verwendeten, von ihren Schwestergesellschaften stammenden streitigen Schrott in den Jahren 1956/57 wegen der "örtlichen Zusammenfassung" der betreffenden Werke von der Ausgleichsabgabe freigestellt, obschon er möglicherweise als Konzernschrott (und nicht als Eigenaufkommen) anzusehen war. Der EuGH hatte sodann mit Urteil vom 17. 7. 1959 i. S. 32-33/58 - SNUPAT gegen Hohe Behörde (I) - entschieden, daß eine Befreiung des Konzernschrotts von der Ausgleichumlage ungerechtfertigt sei. Die mit ihrer Klage abgewiesene SNUPAT beantragte daraufhin bei der Hohen Behörde vergeblich, die den Konkurrenten gewährte Freistellung zu widerrufen. Gegen die Weigerung der Hohen Behörde klagte sie erneut. Hierauf sprach der EuGH mit Urteil v. 22. 3. 1961 (II) aus, sein Urteil von 1959 habe die den Konkurrenten der Klägerin 1956/57 gewährten Freistellungen "in einem neuen Licht erscheinen" lassen. Dies hätte "zu einer erneuten Überprüfung ihrer Rechtsgrundlage und alsdann zum Erlaß einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit führen müssen. Die Hohe Behörde hätte mit anderen Worten auf Grund des genannten Urteils ihren früheren Standpunkt überprüfen müssen; sie hätte untersuchen müssen, ob die streitigen Freistellungen unter Berücksichtigung der in jedem Urteil aufgestellten Grundsätze aufrechterhalten werden konnten; denn sie war nunmehr verpflichtet, diesen Grundsätzen Rechnung zu tragen, wenn sie nicht eine Diskriminierung dulden wollte, welche zugleich eine Verfälschung des freien Wettbewerbs bedeuten müßte ...". In der Weigerung der Hohen Behörde liege "keineswegs eine bloße Bestätigung ihres früheren Standpunkts, sondern vielmehr die stillschweigende Entscheidung, daß das Urteil des Gerichtshofes keine Änderung ihrer bisherigen Haltung erforderlich mache"; diese Entscheidung sei auch mit der Klage anfechtbar.

Schließlich stellte der EuGH folgende Leitsätze auf ¹³⁶⁾:

- "a) Eine rechtmäßige begünstigende Entscheidung kann nicht rückwirkend widerrufen werden.
- b) Ist eine derartige Entscheidung dagegen rechtswidrig, so kann sie mit rückwirkender Kraft widerrufen werden, wenn in Anbetracht der gegebenen Umstände das öffentliche Interesse an der Wahrung des Grundsatzes an der Rechtmäßigkeit das Interesse der Begünstigten an der Beibehaltung einer Lage, die sie für dauerhaft ansehen konnten, überwiegt - dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die rechtswidrige Entscheidung nachteilige Folgen für die Wettbewerber der Begünstigten gehabt hat -

¹³⁶⁾ = Nr. 10, aaO S. 115, u. S. 172/73

oder wenn die rechtswidrige Entscheidung auf falschen oder unvollständigen Angaben der Begünstigten beruhte,

Die verschiedenen beteiligten Interessen abzuwägen und dementsprechend zu entscheiden, ob die rechtswidrige Entscheidung mit rückwirkender Kraft zu widerrufen ist oder nicht, ist in erster Linie Sache der Urheber der Entscheidung". Der Gerichtshof könne seine Beurteilung nämlich nicht an die Stelle der von der Behörde zu treffenden Entscheidung über den Widerruf setzen sondern die Sache lediglich an die Behörde zurückverweisen,

d) Diese auf Grund rechtsvergleichender Untersuchungen gewonnenen Grundsätze sind nicht auf das Recht der EGKS beschränkt, sondern gelten auch für die EWG ¹³⁷⁾. Es ist allerdings fraglich, inwieweit sie auf die Frage des "Widerrufs" eines Negativattests aus Rechtsgründen übertragbar sind.

Lagrange hat schon in Sachen SNUPAT betont ¹³⁸⁾, daß die Grundsätze des Falles *Algera* vor allem auf das Beamtenrecht zugeschnitten sind. Auch wurde oben bereits dargelegt, daß ein rückwirkender Widerruf aus Rechtsgründen mit der Natur des Negativattests schwer zu vereinbaren wäre. Die drei genannten Urteile des EuGH befassen sich überdies mit der Frage, ob neu zutage getretene Tatsachen den Widerruf begründen. Hier von macht auch das SNUPAT-Urteil (Leitsatz 10 b) keine Ausnahme; es stellt vor allem auf nachteilige Folgen für die Wettbewerber, falsche Angaben und ähnliche Umstände ab. Allerdings rechnet der EuGH anscheinend die Änderung seiner Rechtsprechung zu den erheblichen Umständen, die u.U. sogar einen rückwirkenden Widerruf rechtfertigen. Doch geht aus den Gründen hervor ¹³⁹⁾, daß die möglicherweise zu widerrufenden Abgabentatscheide nur vorläufiger Natur waren und daher keine starke Vertrauensgrundlage darstellten. Letztlich spricht das Urteil ¹⁴⁰⁾ nur aus, daß die Änderung der Rechtsprechung die Behörde veranlassen sollte, ihre frühere Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht neu zu würdigen, insbesondere die tatsächlichen Angaben der Beteiligten zu überprüfen.

Demgegenüber ist mit Bezug auf das Negativattest fraglich, ob sich die Kommission bei gleichgebliebener Sachlage lediglich auf ihre geänderte Rechtsansicht berufen kann. Das Negativattest gewährt keine unmittelbaren vermögensrechtlichen Vorteile wie eine beamtenrechtliche Einstufung oder die Freistellung von Abgaben und wirkt nicht gestaltend auf die Rechtslage ein. Es soll den Beteiligten lediglich die Gewißheit verschaffen, wie ein genau umschriebener

137) vgl. Wohlfarth, Art. 164 N. 4; Lagrange aaO (135); s. auch Wenner, AWD 1963, 33; Däubler aaO (125)

138) RSpr. VII 194/95

139) aaO (134) S. 173

140) S. 155 oben

Sachverhalt rechtlich zu würdigen ist, d. h., daß er keinen Anlaß zu kartellverwaltungsrechtlichen Maßnahmen bietet. In dem festgestellten Ergebnis einer rein rechtlichen Subsumtion durch die Behörde liegt sein Kern. "Begünstigend" wirkt das Attest gerade und nur dadurch, daß über die verwaltungsrechtliche Beurteilung des bekannten Sachverhalts endgültig entschieden sein soll. Diese Endgültigkeit macht trotz der leichten Widerruflichkeit aus tatsächlichen Gründen (s. o. B2, C1) den Wert eines Negativattests aus. Die eingehende Regelung des förmlichen Verfahrens zur Erteilung des Attests (s. o. § 6) zwingt zu dem Schluß, daß eine Entscheidung von erheblicher Tragweite getroffen wird. Man denke an dieser Stelle vor allem an die Pflicht der Kommission, den Antrag (Art. 19 III VO 17) und die Entscheidung zu veröffentlichen (Art. 21), sowie den Beratern den Ausschuß anzuhören und alle nationalen Kartellämter in das Verfahren einzuschalten. Die detaillierte Regelung eines förmlichen, rechtsstaatlich abgesicherten Verfahrens, in dessen Verlauf die Beteiligten angehört werden, spricht immer für die Bestandskraft des auf Grund dieses Verfahrens ergehenden Verwaltungsakts, zumindest im Verhältnis zwischen Behörde und Begünstigtem. Bei feststellenden Verwaltungsakten wie dem Negativattest kommt zudem der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz eine erhöhte Bedeutung zu, so daß auch ein Widerruf mit Wirkung ex nunc nur bei besonders zwingenden und schwerwiegenden, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordneten Mängeln zulässig ist ¹⁴¹). Die Entscheidung nach Art. 2 VO 17 soll also insofern endgültig sein, als die der Kommission bei Entscheidung bekannten und gem. Art. 19 III, 21 VO 17 im wesentlichen veröffentlichten Tatsachen später nicht abweichend gewürdigt werden können. Ist das Negativattest nach Art. 173 III EWG-Vertrag formell unanfechtbar geworden, dann sind Maßnahmen nach Art. 3 und 15 VO 17 unzulässig, sofern nicht wesentliche neue Tatsachen bekannt werden. Wollte man annehmen, daß die Selbstbindung der Kommission auch bei Änderung ihrer Rechtsansicht entfiele, so wäre die Einrichtung des Negativattests praktisch überflüssig und wertlos, was weder die Absicht des Gesetzgebers war (s. o. § 5) noch der Sinn der eingehenden Regelung des Verfahrens in den Verordnungen 17, 27 und 99 sein kann. - Aus all dem ist zu folgern, daß der bloße Sinneswandel der Kommission über die Richtigkeit eines formell rechtskräftigen Negativattests und auch die Änderung der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls kein rückwirkendes Einschreiten gegen den von einem Negativattest gedeckten Sachverhalt rechtfertigen. Selbst rückwirkende Gesetzesänderungen, die in unanfechtbare Rechtspositionen eingreifen, sind verfassungsrechtlich problematisch (vgl. z. B. § 79 BVerfGG).

141) s. z. B. zum deutschen Recht; BVerfG v. 1. 7. 1953, E 2, 380 ff Leitsätze 6, 7, S. 392-96, 403-405 = NJW 1953 1137; BVerwGE 13, 31 ff, 32; s. a. BVerwG, NJW 1965, 602 m. Nachw.; vgl. H. J. Wolff § 52 III, S. 294 u. § 53 III c 2, S. 305; zusammenfassend Kimminich, JuS 1965, 249 ff

Ein von der bisherigen Rechtsprechung abgehendes Urteil des EuGH zu den Art. 85 ff EWG-Vertrag hat nach Gemeinschaftsrecht jedoch keine Gesetzeskraft, selbst wenn es - insbesondere im Verfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag - große Autorität besitzt (vgl. Art. 20 der Satzung des Gerichtshofs). Zwar beansprucht das neue Urteil, zur Geltung zu bringen, was bei richtiger Erkenntnis schon früher gegolten habe ¹⁴²⁾, doch fehlt ihm jedenfalls die Kraft, rückwirkend die Rechtslage umzugestalten; diese kommt selbst Gesetzen nur ausnahmsweise zu.

Nach Ansicht des BVerwG ¹⁴²⁾ soll ein Wechsel der Rechtsprechung die Behörde berechtigen, eine neue, anfechtbare Sachentscheidung zu erlassen, auch wenn die Sache bereits rechtskräftig zuungunsten der Behörde abgeschlossen war; ein neues höchstrichterliches Urteil sei im Ergebnis einer authentischen Gesetzesinterpretation und insofern einer Änderung der Rechtslage gleichzusetzen. Im Hinblick auf das oben erörterte SNUPAT-Urteil des EuGH liegt es nahe, diese Sätze auf das Negativattest anzuwenden. Bachof ¹⁴³⁾ betont jedoch m. E. mit Recht, daß ein solcher Einbruch in die Rechtssicherheit nicht anzuerkennen ist; nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann allenfalls ein Wechsel der Rechtsprechung zugunsten des Bürgers Anlaß sein, um von einem unanfechtbaren Verwaltungsakt durch eine neue Sachentscheidung mit Wirkung ex nunc zu seinen Gunsten abzurücken. Da ein Negativattest ohnehin bei jeder Änderung der Sachlage seine Bindungswirkung verliert, wäre es m. E. mit dem Umfang und der Bedeutung des Erteilungsverfahrens (s. o. § 6) unvereinbar, wollte man außerdem einen Widerruf wegen jeder Änderung der Rechtsprechung des EuGH zulassen ¹⁴⁴⁾. Ein solcher Widerruf erscheint nur vertretbar für den Fall, daß der EuGH eine rechtsfortbildende Grundsatzentscheidung trifft, deren Tragweite über die bloße Differenzierung der Auslegung einzelner Merkmale der Verbotstatbestände hinausgeht; man denke etwa an das Bosch-Urteil ¹⁴⁵⁾, an eine Klärung der Frage, ob auch angemeldete Neukartelle "vorläufig gültig" oder "schwebend unwirksam" sind ¹⁴⁶⁾, oder ob ein "Bagatellfallattest" zulässig ist und ob es Anträge nach Art. 3 II VO 17 ausschließt, die keine "neuen Tatsachen" enthalten ¹⁴⁷⁾. Solche Entscheidungen gestalten auch die tatsächlichen Verhältnisse neu, so daß sie einer Gesetzesänderung gleichzuachten sind. Möglicherweise zieht der EuGH den Kreis der "neuen Tatsachen" aber weiter; dem SNUPAT-Urteil (s. o. c) könnte man entnehmen, daß ein von der bis-

142) vgl. BVerwG, Urteil vom 11.12.1963, E 17, 256 ff 260/61

143) JZ 1966, 348 ff Nr. 206

144) so auch Wendt, AWD 1964, 20 ff 21

145) s. o. § 3 II 2

146) s. o. § 3 II 5 a. E.

147) vgl. § 6 II C 3e, § 7 C 3-4, § 11 I 1 a

herigen Rechtsprechung abgehendes, zwischen der Behörde und einem Unternehmen (SNUPAT) ergangenes Urteil in einer Rechtsfrage, die einem für andere Unternehmen (Hoogovens und Breda) günstigen Verwaltungsakt zu Grunde lag, eine bedeutsame neue Tatsache darstelle, die zum Widerruf des begünstigenden Verwaltungsakts berechtige¹⁴⁸⁾. Für solche Fälle wäre allerdings auch das Einschreiten ex nunc nur nach Abwägung des schutzwürdigen Vertrauens und des öffentlichen Interesses zulässig¹⁴⁹⁾. Zusammengefaßt ergibt sich, daß die Kommission nicht unter Berufung auf eine Änderung ihrer Rechtsauffassung von einem Negativattest abgehen kann. Auch ein Wechsel der Rechtsprechung des EuGH berechtigt nur dann zum Widerruf ex nunc, wenn er so grundlegend ist, daß er einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse gleichkommt.

3) Von der Frage, unter welchen materiellen Voraussetzungen die Bindung der Kommission an ein Negativattest erlischt, ist die Form des Abgehens von der Entscheidung nach Art. 2 VO 17 zu unterscheiden.

Eine unmittelbare gesetzliche Regelung besteht nicht. Die VO 17 schreibt in Art. 8 III lediglich vor, daß die Erklärung nach Art. 85 III d. V. widerrufen werden muß, bevor die Kommission das freigestellte Kartell als verboten behandeln darf. Dies gilt auch für die vor Inkrafttreten der VO 17 abgegebenen Freistellungserklärungen; Art. 23 I 3 VO 17. Das Negativattest muß dagegen vor dem "Einschreiten" nicht besonders widerrufen werden. Es sind nur die Verfahrensregeln einzuhalten, die für die jeweilige Verfolgungsmaßnahme vorgeschrieben sind. Anders als im Falle der Freistellung kann die Kommission z. B. sogleich eine Empfehlung nach Art. 3 III VO 17 abgeben, ohne den Beratenden Ausschuß oder die Beteiligten anzuhören und ohne etwas veröffentlichen zu müssen. Im übrigen richtet sich das Vorgehen der Kommission danach, ob es die beteiligten Unternehmen verschuldet haben, daß ihr wesentliche Tatsachen bei Erteilung des Attests unbekannt waren. Ein sofortiges Einschreiten mit Rückwirkung kommt nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Betracht (vgl. Art. 15 I a, II VO 17).

Bei Änderung der tatsächlichen Verhältnisse - und dazu zählt auch ein grundlegender Wechsel der Rechtsprechung (s. o. 2) - wird sich ein Hinweis auf die neue Lage meist empfehlen, weil sonst das Verschulden schwer festzustellen sein wird¹⁵⁰⁾. Zu veröffentlichen ist ein solcher Widerruf jedoch nicht: auch bedarf es keiner vorherigen Einschaltung der nationalen Kartellbehörden oder des Bera-

148) so wohl auch Lagrange, S.E.W. 1962, 81 ff 88

149) s. o. c) a.E.; Wendt, AWD 1964, 20 ff 21/22; Däubler, NJW 1965, 1646 ff 1650

150) Schumacher, Aussprache 1962, 36; Deringer, Art. 2 VO 17 N. 9

tenden Ausschusses. Der Hinweis kann mit der befristeten Aufforderung nach Art. 19 I VO 17 i. V. m. Art. 2 IV VO 99 verbunden werden, die ohnehin vor jeder Entscheidung auf Grund des Art. 15 VO 17 liegen muß. Zur Abstellung des Verstoßes bietet sich als Form des "Widerrufs" die (nicht zu veröffentliche) Empfehlung nach Art. 3 III VO 17 an.

§ 9

BINDUNG DER NATIONALEN KARTELLBEHÖRDEN DURCH ENTSCHEIDUNGEN NACH ART. 2 UND 3 VO 17

I. Das Problem wurde bereits bei Erörterung der Entwicklung¹⁾ und der Vorgeschichte²⁾ des geltenden EWG-Kartellrechts berührt. Es geht um die Frage, inwieweit die Kommission solche Wettbewerbsbeschränkungen, die möglicherweise "geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen", kartellverwaltungsrechtlich allein beurteilen und verfolgen darf. Da Erklärungen nach Art. 2, 3 VO 17 nur feststellen, ob ein Sachverhalt nach Art. 85 oder 86 des EWG-Vertrages erheblich ist, liegt darin keine Aussage darüber, ob und in welchem Umfang die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten ihr nationales Kartellrecht auf diesen Sachverhalt anwenden können. Angesichts der zumindest räumlichen Überschneidung des Geltungsbereichs beider Rechtsordnungen könnte es aber dennoch sein, daß die abschließende Beurteilung eines Falles nach EWG-Kartellrecht durch die Kommission rechtliche Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des einzelstaatlichen Kartellrechts hat.

II. Zunächst gilt es, die gesetzliche Regelung des Verhältnisses zwischen Kommission und nationalen Kartellbehörden bei Anwendung der Art. 85, 86 zu erörtern.

1) Das Negativattest sagt aus, daß "für die Kommission" kein Anlaß besteht, gegen die beteiligten Unternehmen einzuschreiten. Bestünde Art. 2 VO 17 ohne ergänzende Zuständigkeitsregelung, so läge der Schluß nahe, "für die nationalen Behörden" könne gleichwohl ein solcher Anlaß bestehen.

1) oben § 2 und § 3 II. 5

2) § 5 II, III 4

Entscheidungen und Empfehlungen nach Art. 3 VO 17 enthalten dagegen die Feststellung, daß "eine Zuwiderhandlung gegen Art. 85 oder 86" vorliegt. Es fehlt die Beschränkung der Aussage auf das Verhältnis der Unternehmen zur Kommission. Noch eindeutiger lautet der Tenor der Erklärung nach Art. 85 III d. V. Mit ihr wird das Verbot des Art. 85 I konstitutiv "für nicht anwendbar erklärt". Da eine konkurrierende Zuständigkeit für rechtsgestaltende Hoheitsakte besonders unbefriedigend wäre, hat Art. 9 I VO 17 der Kommission die ausschließliche Zuständigkeit zur Abgabe solcher Erklärungen übertragen.

Was dagegen die Anwendung der Verbotsvorschriften (Art. 85 I, 86) betrifft, so ist die Kommission gem. Art. 9 II VO 17 zwar "zuständig"; die Zuständigkeit ist aber keine ausschließliche. Art. 9 III bestimmt:

"Solange die Kommission kein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Art. 85 Abs. I und Art. 86 nach Art. 88 des Vertrages anzuwenden ...".

Art. 9 III knüpft ausdrücklich an die Rechtslage an, wie sie vor Inkrafttreten der VO 17 auf Grund von Art. 88 bestand. Danach entschieden die "Behörden der Mitgliedstaaten" über die "Zulässigkeit" von Kartellen und Monopolmaßnahmen, und zwar "im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen der Art. 85 ... und 86". Soweit es um die "Anwendung" der Verbote geht (wegen Art. 9 I aber nicht mehr um die Freistellung), soll es demnach bis zur "Einleitung eines Verfahrens" bei der Regelung des Art. 88 bleiben.

2) Schon bei Art. 88 d. V. war streitig, ob zu den "Behörden der Mitgliedstaaten" nur die Kartellverwaltungsbehörden oder auch die Gerichte zu zählen seien. Art. 9 III VO 17 hat diese Unklarheit nicht beseitigt. Die Frage kann aber an dieser Stelle noch offen bleiben.

Sicher ist, daß zu den Behörden der Mitgliedstaaten i. S. d. Art. 88, 9 III diejenigen Behörden der Exekutive gehören, "die an der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung der Verbote mitzuwirken haben" ³⁾. Diese Behörden meint auch Art. 10 I und II sowie Art. 19 II VO 17 mit den "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten", die in die wichtigsten Verwaltungsverfahren nach der VO 17 eingeschaltet werden. Diese Behörden sind bereits bei Behandlung des Art. 10 VO 17 ⁴⁾ im einzelnen aufgezählt worden.

b) An der "verwaltungsrechtlichen Durchsetzung" des einzelstaatlichen und des EWG-Kartellrechts nehmen aber nicht nur Behörden der Exekutive teil, So-

3) Schlieder, BB 1962, 310

4) s. o. § 6 I B 1

weit die von diesen erlassenen Verwaltungsakte mit Rechtsmitteln anfechtbar sind, werden auch Gerichte mit Kartellverwaltungssachen befaßt⁵⁾. Es ist sachgerecht, auch diese Rechtsmittelgerichte zu den "Behörden" i. S. d. Art. 9 III zu zählen⁶⁾. Sie kontrollieren lediglich die Rechtmäßigkeit der auf Art. 85 I oder 86 gestützten, angefochtenen Verwaltungsakte. Nach "Einleitung eines Verfahrens" wäre Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren mithin eine Maßnahme, zu der die Verwaltungsbehörde nach Art. 9 III VO 17 nicht mehr zuständig ist. Damit wird die Maßnahme zwar nicht rückwirkend rechtswidrig, weil von einer unzuständigen Behörde abgegeben; denn die Zuständigkeit verlagert sich erst mit Einleitung eines Verfahrens, also ex nunc auf die Kommission. Da aber umgekehrt die Kommission nicht gehindert ist, ein Verfahren einzuleiten, obwohl bereits eine nationale Verwaltungsbehörde tätig geworden ist, muß möglichst verhindert werden, daß die Kommission eine Verwaltungssache entscheidet, die noch in der Rechtsmittelinstanz des Mitgliedstaats schwebt. Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn man auch die Rechtsmittelgerichte in Verwaltungssachen zu den Behörden der Mitgliedstaaten rechnet. Sowohl die Verwaltungsbehörden (a) als auch die Rechtsmittelgerichte (b) müssen demnach auf Art. 85 I oder 86 gegründete Verfahren einstellen, wenn die Kommission wegen desselben Sachverhalts ein Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 VO 17 eingeleitet hat; mit der sachlichen Zuständigkeit entfällt eine unabdingbare Verfahrensvoraussetzung.

c) Verwaltungsrechtlicher Art sind schließlich die Verfahren, in denen nationale Gerichte auf Antrag der Kartellbehörde (so § 81 a. F. GWB) oder der Staatsanwaltschaft (so in Frankreich) Sanktionen verhängen. Allerdings ist zweifelhaft, ob Art. 88 EWG-Vertrag die nationalen Behörden überhaupt ermächtigt, Freiheits- und Geldstrafen oder Bußgelder wegen Verstoßes gegen das EWG-Kartellrecht festzusetzen⁷⁾, selbst wenn das nationale Kartellrecht sie vorsieht⁸⁾. Eine solche Praxis ließe sich zwar als "Anwendung der Art. 85 I, 86 im Einklang mit den nationalen (Verfahrens-)Vorschriften" mit dem Wortlaut des Art. 9 III

5) s. z. B. §§ 62 ff GWB, Art. 33 des niederländischen Gesetzes v. 26. 6. 1956

6) so auch Schlieder aaO (3); Kleemann S. 66; Deringer Art. 9 VO 17 N. 20 u. Art. 88 EWGV N. 20

7) Weyer (DB 1962, 325 ff 326) hält nach dem GWB nur Inzidententscheidungen im Erlaubnis-, Widerspruchs- oder Mißbrauchsverfahren für zulässig, "da für ein Vorgehen ... gegen Zuwiderhandlungen gegen den EWG-Vertrag die Rechtsgrundlage fehlt". S. a. Deringer oben § 3 FN 37

8) s. § 81 ff GWB; Art. 1 II, 40 d. franz. VO Nr. 45 - 1484; Art. 18-21 d. belgischen Ges. v. 27. 5. 1960; Art. 41 u. 49 des niederl. Ges. v. 28. 6. 1956

VO 17 vereinbaren. Dagegen spricht aber, daß Art. 87 II a d. V. die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern erst für die Zukunft vorsah⁹⁾. Heute, nach Inkrafttreten der VO 17, kommt hinzu, daß nach Sinn und Zweck der Art. 15, 16 VO 17 der VO derartig schwere Eingriffe dem pflichtgemäßen Ermessen der Kommission vorbehalten bleiben sollen. Bei der Festsetzung von Strafen wäre eine unterschiedliche Praxis der einzelnen Mitgliedstaaten besonders unbefriedigend. Daher ist auch anzunehmen, daß jedenfalls nunmehr der Kreis möglicher Sanktionen durch die Art. 15, 16 VO 17 nach Art und Höhe begrenzt ist. M.E. ist es ein weiterer gewichtiger Grund gegen die Strafgewalt nationaler Behörden, daß der von Art. 9 III VO 17 teilweise aufrecht erhaltene Art. 88 d. V. den Behörden der Mitgliedstaaten lediglich die Aufgabe überträgt, über die "Zulässigkeit" von Kartellen und Monopolmaßnahmen zu "entscheiden". Es fällt schwer, die Verhängung von Strafen und Bußgeldern als "Feststellung der Unzulässigkeit" zu begreifen. Auch Art. 15 IV VO 17 zeigt, daß der Rat die Zulässigkeit von Sanktionen "strafrechtlicher Art" auf Grund des EWG-Vertrages sehr vorsichtig beurteilt hat. In diesem Zusammenhang bedarf die Zweifelsfrage keiner abschließenden Stellungnahme. Wichtig ist nur, daß die Strafgerichte, die nach innerstaatlichem Recht zur Verfolgung von Kartellverstößen berufen sind, im Falle ihrer Ermächtigung zu Sanktionen auf Grund von Art. 88 unter Art. 9 III VO 17 fallen würden¹⁰⁾. Denn auch diese Gerichte sind vom Gesetz besonders mit der Durchsetzung des Kartellrechts betraut¹¹⁾. Entscheidender Grund für die Einordnung auch der Strafgerichte als "zuständige (Kartellverwaltungs-) Behörden" ist dabei, daß diese Gerichte auf Antrag einer Kartellverwaltungsbehörde (Belgien, Bundesrepublik, Niederlande) oder der Staatsanwaltschaft (Frankreich) tätig werden. Sie sind Verfolgungsbehörden, vor denen der Untersuchungsgrundsatz gilt. Dies stellt sie im Gegensatz zu den Zivilgerichten, vor denen nach dem Verhandlungsgrundsatz ein Ausgleich zwischen privaten Streitparteien gefunden werden soll. Nur mittelbar, vor allem durch Verweigerung von Rechtsschutz (Art. 85 II EWG-Vertrag), wirken die Zivilgerichte bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln mit. In § 10 wird zu klären sein, ob sie gleichfalls zu den "zuständigen Behörden" i. S. d. Art. 9 III VO 17 zu rechnen sind.

9) vgl. die Bedenken bei Deringer, Art. 88 N. 39

10) Waelbroeck, - insoweit zustimmende - Anmerkung zum Urteil der Cour d'Appel d'Amiens v. 9. 5. 1963 (J. T. 1963, 637), J. T. 1963, 640 ff 641 I.; Deringer, Art. 88 N. 20

11) Waelbroeck aaO (10) S. 640 r.; ähnlich derselbe schon in R. C. D. I. P. 1962, 415 ff 436

3) Es fragt sich nun, ob aus der Verlagerung der Zuständigkeit gem. Art. 9 III VO 17 die Bindung der nationalen Kartellbehörden an die Entschlüsse der Kommission nach Art. 2 und 3 VO 17 folgt.

a) Hat die Kommission ein Verfahren nach Art. 2 oder 3 eingeleitet, so sind die Kartellbehörden auch nach Art. 88 nicht mehr zuständig, Art. 85 I und Art. 86 d. V. "anzuwenden". Die Einleitung bewirkt nach Art. 9 III VO 17 eine endgültige "Kompetenzverlagerung" ¹²⁾. Es ist diesen Behörden fortan verwehrt, nach ihrem Verfahrensrecht über die Zulässigkeit von Kartellen und Monopolmaßnahmen zu entscheiden. Damit sind sie "mittelbar" an die Entscheidungen der Kommission nach Art. 2 und 3 VO 17 "gebunden", weil diese Entscheidungen die "Einleitung" entsprechender Verfahren voraussetzen ¹³⁾. Der Umfang dieser Bindung wird unter IV. behandelt.

b) Fraglich könnte allenfalls sein, ob auch die Abgabe einer Empfehlung nach Art. 3 III VO 17 die Zuständigkeit der nationalen Behörden beendet. Empfehlungen sind nach der Definition des Art. 189 V EWG-Vertrag "nicht verbindlich". Andererseits kommt es nach Art. 9 III VO 17 nur darauf an, ob die Kommission ein "Verfahren nach Art. 3 eingeleitet" hat. Auch wenn man annimmt, daß dem Ausspruch einer Empfehlung nicht die Einleitung eines förmlichen Verfahrens gem. Art. 10 VO 17 vorhergehen muß ¹⁴⁾, so gibt die Kommission doch spätestens mit dem Ausspruch der Empfehlung zu erkennen, daß sie nach Art. 3 VO 17 gegen die beteiligten Unternehmen ¹⁵⁾ vorgeht; im Antragsverfahren wird zudem der Beschwerdeführer von diesem Schritt unterrichtet. Allerdings muß das Vorgehen der Kommission den von Art. 9 III VO 17 erfaßten Behörden auch eindeutig erkennbar geworden sein. Das ist dann nicht selbstverständlich, wenn die Kommission von Amts wegen tätig geworden ist, also den zuständigen Behörden keine Antragschrift übersandt hat. Doch ist zu berücksichtigen, daß die Kommission nach Art. 10 II VO 17 wohl auch die von Amts wegen betriebenen Verfahren auf Grund von Art. 3 VO 17 "in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" durchführen muß. Danach

12) Schlieder AWD 1963, 86 ff 87

13) so die allgemeine Meinung in der Literatur, s. z.B. Deringer, EW 1962, 5; GRUR-AIT 1962, 286, u. Komm. Art. 2 N. 7; Obernolte, WRP 1962, 103; Gleiss/Hirsch, AWD 1962, 126, u. Komm. Art. 2 VO 17 N. 5; ebenso wohl Schlieder (BB 1962, 305 ff 310), der (S. 308) anscheinend nur eine direkte, "rechtliche" Bindung an das Negativattest verneinen möchte. Auch Schlochauer (JZ 1963, 105 ff 108) verneint lediglich die materielle Bindung an ein Negativattest.

14) s. dazu oben § 7 I B 4, E 1, F 2

15) - die nach Art. 19 I VO 17 nicht zu hören waren - s. o. § 7 I E 1

ist die Kommission m.E. verpflichtet, diese Behörden auch vor Ausspruch einer Empfehlung von Amts wegen zu unterrichten. Spätestens mit Bekanntgabe der Empfehlung an die beteiligten Unternehmen und die nationalen Behörden ist somit ein Verfahren nach Art. 3 "eingeleitet", mit der Folge, daß die nationalen Kartellbehörden nicht mehr befugt sind, auf diesen Sachverhalt die Art. 85 I oder 86 anzuwenden.

III. Zeitpunkt der Zuständigkeitsverlagerung auf die Kommission

- 1) Der Wortlaut des Art. 9 III VO 17 läßt verschiedene Bestimmungen des Zeitpunktes zu, in dem die Kommission ein Verfahren nach Art. 2, 3 (oder 6) "eingeleitet" hat. In Betracht kommen die Augenblicke, in denen ¹⁶⁾
 - a) die Kommission - von außen - Kenntnis von einem nach den Art. 85, 86 zu beurteilenden Sachverhalt erhält, und zwar
 - aa) durch Antrag (Art. 2 VO 17) oder Anmeldung (Art. 4) der beteiligten Unternehmen,
 - bb) durch Beschwerde (Art. 3 II) von Mitgliedstaaten oder betroffenen Personen, oder
 - cc) durch Mitteilung einer nationalen Behörde (ohne daß der Fall des Art. 3 II a VO 17 vorliegt);
 - b) die Kommission erstmals - intern - die Sache behandelt, z.B. durch
 - aa) Eingangsstempel auf Eingaben,
 - bb) Eintragung in ein Aktenregister unter Zuteilung eines Aktenzeichens,
 - cc) Zuweisung an einen Sachbearbeiter oder
 - dd) dessen Beschäftigung mit dem Fall;
 - c) die Kommission dem Absender von Eingaben (s. o. a) unter Angabe des Aktenzeichens eine schriftliche Eingangsbestätigung mitteilt, wie sie am Ende der Formblätter A, B und C vorgesehen ist (vgl. ABl. S. 1127, 1135/62);
 - d) die Kommission den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten gem. Art. 10 I VO 17 Abschriften der Anträge oder anderer Eingaben übermittelt;

16) vgl. Gleiss/Hirsch, Art. 19 VO 17 N. 15 (2. Aufl.: N. 11); Deringer, Art. 19 N. 15 = WuW 1963, 363; Samkalden, S.E.W. 1962, 273 ff 275

- e) die Kommission erstmals nach außen zu erkennen gibt, daß sie sich mit dem Einzelfall sachlich befaßt, z. B. indem sie
 - aa) gem. Art. 10 II VO 17 mit den nationalen Kartellbehörden "Verbindung" aufnimmt,
 - bb) nach den Art. 11 bis 14 VO 17 ermittelt oder
 - cc) den Beteiligten gem. Art. 19 I VO 17 i. V. m. Art. 2 VO 99 die "Beschwerdepunkte" bzw.
 - dd) im Falle des Art. 3 II VO 17 dem Antragsteller gem. Art. 6 VO 99 die Gründe für die geplante Ablehnung des Antrags mitteilt, oder
 - ee) einen Antrag auf Negativattest gem. Art. 19 III VO 17 veröffentlicht.

Schließlich könnte man

- f) eine förmliche "Einleitungsmitteilung" der Kommission, die
 - aa) an die beteiligten Unternehmen oder / und
 - bb) an die nationalen Kartellbehörden
 zu richten wäre, auf Grund von Art. 9 III VO 17 für geboten oder doch für zweckmäßig und erwünscht halten.

Von vornherein auszuschneiden ist dagegen der Zeitpunkt

- g) der Anhörung des Beratenden Ausschusses gem. Art. 10 III - VI VO 17¹⁷⁾, weil diesem Verfahrensabschnitt stets die Anhörung der Beteiligten oder des Antragstellers oder die Veröffentlichung des Negativattestantrags vorhergehen, Handlungen, die eine Einleitung des Verfahrens voraussetzen.

In Rechtsprechung und Literatur hat sich noch keine einhellige Meinung über den maßgeblichen Zeitpunkt herausgebildet.

Ewald¹⁸⁾ möchte ein Verfahren als eingeleitet i. S. d. Art. 9 III bereits dann ansehen, "wenn die Kommission entweder durch die Beteiligten oder durch die nationalen Kartellbehörden Kenntnis von einem nach dem EWG-Kartellrecht zu beurteilenden Tatbestand erhalten hat". Diese Lösung verhindert die "drohende Vermischung von nationaler und supranationaler Zuständigkeit" sowie unterschiedliche Auslegung der EWG-Vorschriften.

Gleiss/Hirsch (16) stimmen dieser Ansicht für den Fall zu, daß die Kommission "Kenntnis von einer nationalen Behörde erhält, z. B. dadurch, daß diese eine Sache vorlegt". In diesem Fall sei eine nach außen sichtbare Tätigkeit der Kommission nicht erforderlich; die "interne Beschäftigung mit der Sache" genüge, und intern werde sie sich mit allen von nationalen Behörden vorgelegten Sachen beschäftigen. Die von Personen oder Verbänden erlangte Kenntnis reiche dagegen nicht aus. In diesen Fällen müsse eine "Reaktion der Kommission sichtbar"

17) so auch Samkalden aaO (16) S. 276

18) FAZ Nr. 95 v. 24.4.1962, S. 21

werden, "z. B. durch Anfrage bei Beteiligten oder Behörden, aber auch durch Eingangsbestätigung oder Mitteilung eines Aktenzeichens, also durch eine Kundgabe des 'Willens, zu verfahren'".

Nach Ansicht von Samkalden (16) kann die bloße Anmeldung oder Antragstellung nicht genügen, weil nach Art. 9 III die Kommission aktiv ein Verfahren eingeleitet haben müsse. Ausschlaggebend sei daher der Augenblick, in dem die Kommission "nach außen aktiv" *"par buiten actief"* werde. Verstehe man unter den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nur die nationalen Kartellbehörden, so kämen als maßgebende Zeitpunkte nur die in Art. 10 I, II oder III *1°* bezeichneten Verfahrensabschnitte in Betracht. Da die Befassung des beratenden Ausschusses ein eingeleitetes Verfahren voraussetze, müsse diese "Einleitung" zu Beginn des vorhergehenden Abschnitts liegen. Entscheidender Augenblick sei also die Aufnahme der in Art. 10 II VO 17 vorgesehenen Verbindung mit den nationalen Behörden "mit dem Ziel der Vorbereitung eines Beschlusses".

Deringer ¹⁹⁾ meint, die bloße Kenntnis der Kommission aber auch die interne Beschäftigung mit einem Sachverhalt dürften auf keinen Fall genügen. Notwendig sei vielmehr, daß die Kommission nach außen tätig wird und dadurch ihre Absicht zu erkennen gibt, nach den Art. 2, 3 oder 6 zu verfahren. Es erscheine zweifelhaft, ob ein solches Tätigwerden schon in der Eingangsbestätigung und Mitteilung des Aktenzeichens liege; eher lasse sich das noch für die in Art. 10 I vorgeschriebene Übermittlung der Abschriften vertreten. Beide Möglichkeiten eröffneten aber nach Ansicht Deringers "im aktiven Sinn des Wortes" *"engager"* (französisch *"engager"*), weil Eingangsbestätigung und Übermittlung gem. Art. 10 I unverzüglich und "mehr oder weniger automatisch" dem Eingang der Eingaben folgten, so daß die Beteiligten, Beschwerdeführer und Mitgliedstaaten den Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens bestimmen könnten. Deshalb sei maßgebend der Zeitpunkt der "ersten Maßnahme", mit der die Kommission nach außen erkennbar in die Behandlung des einzelnen Sachverhalts eintritt". Spätestens jedoch der Zeitpunkt, in dem die Kommission ein Auskunftersuchen oder auch nur eine formlose Anfrage an eine Behörde oder ein Unternehmen richtet.

Die Cour d'Appel de Paris konnte in ihrem Urteil vom 26.1.1963 ²¹⁾ offenlas-

19) Art. 19 VO 17 N. 16

20) aaO N. 17; a. M. Robert, C. M. L. R. 1 (1963/64) S. 223 ff 228, der auf die Übermittlung gem. Art. 10 I abstellt.

21) - B 6270 -, "Grundig", Dalloz 1963, Jurispr., 189 m. Anm. Robert; J. T. 1963, 169 m. Anm. Braun; deutsch in: WuW/E EWG/MUV 65 mit Anm., Deringer, DB 1963, 303, Menges, NJW 1963, 943, Mezger AWD 1963, 85, Schlieder, AWD 1963, 86; vgl. u. § 10 zu FN 5

sen, wann ein Verfahren nach Art. 3 VO 17 eingeleitet ist. Im entschiedenen Falle war

1. ein Antrag nach Art. 3 II b VO 17 gestellt,
2. sein Eingang registriert und schriftlich bestätigt worden; außerdem hatte später
3. die Kommission der Antragstellerin schriftlich mitgeteilt, daß ein Verfahren eingeleitet sei, und daß
4. die Kommission den französischen Staatssekretär für Wirtschaft (als zuständige Kartellbehörde) davon verständigt habe. Schließlich (5.) hatte die Kommission die Antragstellerin in diesem zweiten Schreiben gleichzeitig um Auskunft ersucht, ob vor französischen Behörden bereits ein Verfahren schwebte. An der "Einleitung eines Verfahrens nach Art. 3" war danach nicht zu zweifeln.

Das Gericht hält aber anscheinend die bloße Antragstellung noch nicht für ausreichend, wenn es ausführt:

"Erst nach der Antragstellung und nach Einleitung des Verfahrens führt die Kommission dieses in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch, wie Art. 10 VO 17 es vorschreibt".

An anderer Stelle heißt es außerdem:

"Solange der Vorinstanz nichts von einem durch die Kommission eingeleiteten Verfahren bekannt war, konnte sie sich ... in Anwendung (des Art. 9 III VO 17) für zuständig erklären".

Aus dem Urteil der Cour d'Appel d'Amiens v. 9.5.1963²²⁾ ergibt sich, daß nach Auffassung des Gerichts ein Verfahren nach Art. 6 noch nicht eingeleitet ist, wenn die Kommission den Empfang der Anmeldung schriftlich bestätigt hat. Waelbroeck²³⁾ stimmt diesem Leitsatz zu; die Einleitung erfordere notwendigerweise einen "acte positif" der Kommission. Es sei ein möglichst bald über Art. 177 EWG-Vertrag zu klärendes Problem, ob ein solcher positiver Akt bereits in

der Übermittlung der Abschriften gem. Art. 10 I, der Mitteilung der Beschwerdepunkte gem. Art. 2 I VO 99, der Bitte um weitere Auskünfte an einen Beschwerdeführer, oder in lediglich internen Akten (wie z.B. der Beauftragung einer Vernehmensperson nach Art. 9 I VO 99) liegen könne.

Die Kommission hält jeweils "registrierte" und solche Einzelfälle auseinander, in denen sie "das Verfahren eingeleitet" hat²⁴⁾.

22) französisch in JT 1963, 637 m. Anm. Waelbroeck, deutsch in AWD 1963, 180 m. Anm. Mezger.

23) aaO S. 640

24) z.B. 8. Gesamtbericht Nr. 56 und Nr. 57

3) Die Lösung der angeschnittenen Frage muß sich bei der Mehrdeutigkeit des Wortlauts an Sinn und Zweck des Art. 9 III VO 17 ausrichten.

Die Vorschrift soll die Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden abgrenzen. Vor allem soll sie vermeiden, daß sowohl eine nationale Behörde - die gegenüber der Kommission nicht zur Mitteilung schwebender Verfahren verpflichtet ist ²⁵⁾ - als auch die Kommission in derselben Sache auf Grund der Art. 85, 86 tätig werden oder gar unterschiedlich entscheiden. Für die Zuständigkeitsverlagerung maßgebend kann daher nur eine Handlung der Kommission sein, die den nationalen Behörden ²⁶⁾ in einem bestimmbaren Zeitpunkt bekannt wird. Hinzu kommt, daß nach dem Wortlaut des Art. 9 III VO 17 die Kommission grundsätzlich die Herrschaft über die Verlagerung besitzt. Sie muß prüfen können, ob ausreichender Anlaß zur Einleitung eines Verfahrens besteht.

Daher scheidet die bloße Kenntnis der Kommission von einem möglicherweise nach Art. 85 I, 86 d.V. - positiv oder negativ - zu beurteilenden Sachverhalt aus ²⁷⁾.

Etwas anderes kann auch nicht für den Fall gelten, daß ein förmlicher Antrag nach Art. 2 oder 3 VO 17 bei der Kommission eingeht. Solche Eingänge werden nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung zwar stets registriert und den Absendern schriftlich bestätigt. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß ein Verfahren mit dem Ziel einer stattgebenden oder ablehnenden Sachentscheidung in Angriff genommen wird ²⁸⁾. Wie in den Abschnitten I u. II A der §§ 6 u. 7 ausgeführt worden ist, wird die Kommission alle Eingänge einer Vorprüfung daraufhin unterziehen, ob sie als zulässige Anträge i. S. d. Art. 2, 3 II VO 17 anzusehen sind. Erweist sich ein Antrag als nicht ordnungsgemäß i. S. d. VO 27, so kann er sogar von vornherein - ohne Übermittlung an die nationalen Behörden gem. Art. 10 I VO 17, endgültig allerdings erst nach Gewährung des rechtlichen Gehörs - zurückgewiesen werden. In der Mitteilung nach Art. 2 oder 6 VO 99 wird der Antragsteller darauf hingewiesen, daß seine Eingabe keine ausreichende Grundlage für die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 2 oder 3 VO 17 bietet.

Ist der Antrag formell ordnungsgemäß, so steht damit die Zulässigkeit einer Sachentscheidung noch nicht fest; es kann sich z. B. erweisen, daß die Kommis-

25) anders der vom Parlament gebilligte Art. 7 II 3 des Entwurfs Deringer, welche Vorschrift allerdings wegen der ausschließlichen Auslegungszuständigkeit der Kommission nach Art. 7 I geboten war.

26) und zwar möglichst allen 6 gleichzeitig

27) a. M. Ewald aaO (18)

28) s. o. zu FN 24

sion international oder sachlich unzuständig, oder daß der Antragsteller nach Art. 3 II b VO 17 nicht antragsberechtigt ist. Dies sind aber bereits Fragen, die eine vielleicht umfangreiche Vorprüfung des Antrags durch den Sachbearbeiter erfordern und nicht durch das in der Registratur beschäftigte Personal geklärt werden können. Andererseits hat die Kommission alle Anträge "unverzüglich" in Abschrift den nationalen Kartellbehörden zu übermitteln (Art. 10 I). Um keinen langen Verzug bis zur Klärung der Zulässigkeit eintreten zu lassen, ist es daher geboten, alle nicht offensichtlich ordnungswidrigen Anträge sofort gem. Art. 10 I weiterzuleiten. Die nationalen Behörden erfahren auf diese Weise so bald wie möglich, daß die Kommission mit dem unterbreiteten Sachverhalt - passiv - "befaßt worden ist"; sie haben nun die Möglichkeit, vor Anwendung des EWG-Kartellrechts in Brüssel rückzufragen. Dies folgt ferner daraus, daß ein Verfahren nach Art. 3 VO 17 auch von Amts wegen eingeleitet werden kann, so daß die Übermittlung von "eingereichten Schriftstücken" in diesen Fällen als tauglicher Anknüpfungspunkt ausscheiden würde. Zur Einleitung bedarf es danach einer aktiven Kundgabe des Willens, in der Sache zu verfahren²⁹⁾. Entgegen Gleiss/Hirsch¹⁶⁾ gilt dies auch dann, wenn ein Mitgliedstaat die Sache vorgelegt hat; denn die Kommission hat selbständig zu beurteilen, ob die Voraussetzungen einer Sachentscheidung vorliegen, d. h. ob Anlaß zur Einleitung eines Verfahrens nach Art. 3 VO 17 besteht. Die in FN 29) genannten Autoren stimmen ferner mit Recht darin überein, daß die "Kundgabe" der Einleitung "nach außen" erfolgen muß. Dies ist nicht eindeutig, weil als Empfänger die Beteiligten, im Falle des Art. 3 II VO 17 auch die nicht beteiligten Antragsteller oder die Kartellbehörden gemeint sein können. M. E. kommt es allein auf die nationalen Behörden an, weil es um ihre Befugnis zur Anwendung der Art. 85 I, 86 geht. Vor allem sie müssen rechtzeitig erfahren, daß sie zur Beurteilung eines Sachverhalts nach den Kartellverboten der EWG nicht mehr zuständig sind. Die Antragsteller und die beteiligten Unternehmen haben es ohnehin weitgehend in der Hand, ob die Kommission mit der Sache befaßt wird. Es besteht darüber hinaus kein Bedürfnis, die Zuständigkeitsverlagerung zuerst ihnen bekannt zu geben, zumal sie im Falle der Zurückweisung ihrer Eingabe durch die Kommission beschieden werden.

Es ist Deringer³⁰⁾ zuzugeben, daß eine "förmliche Einleitungsermittlung der Kommission an die Unternehmen und die Behörden der Mitgliedstaaten" nützlich wäre. Deringer hält es allerdings für zweifelhaft, ob eine solche Mitteilung den nationalen Behörden negativ binden könnte, weil eine Grundlage in der VO 17 fehle und die Kommission den Wechsel der Zuständigkeit hinauszögern könne. Diese Bedenken sind m. E. bezüglich der Mitteilung an die Behörden

29) vgl. Samkalden u. Deringer aaO (16) sowie Waelbroeck aaO (22)

30) Art. 19 VO 17 N. 17 Abs. 2

nicht begründet. Für eine formelle Unterrichtung der Beteiligten besteht allerdings weder ein Bedürfnis noch eine gesetzliche Grundlage ³¹⁾. Dagegen ist die Kommission kraft ausdrücklicher Bestimmung des Art. 10 II VO 17 verpflichtet, alle Verfahren nach Art. 2, 3 oder 6 "in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zu führen".

Wie Samkalden ³²⁾ richtig hervorhebt, muß der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zu Beginn jener Zusammenarbeit liegen. Die Kommission kann ein Verfahren nur "führen", wenn es "eingeleitet" ist. Art. 10 II ist keine bloße Richtlinie, sondern bindende gesetzliche Anweisung. Aus ihr folgt die Verpflichtung der Kommission, die Verbindung "eng" und vor allem "stetig" (d. h. wohl "ständig" - vgl. französisch "constante") zu halten, und zwar vom Beginn des Verfahrens an. Soll die Verbindung aber von Anfang an bestehen, so ist eine Unterrichtung der nationalen Behörden schon über die "Einleitung des Verfahrens" geboten. Dies kann natürlich schon mit der Übermittlung der Schriftstücke gem. Art. 10 I geschehen. Geschieht es nicht, so werden die nationalen Behörden kaum ohne Rückfrage bei der Kommission Art. 85 I oder 86 anwenden. Zögert die Kommission die Bearbeitung ungebührlich lange hinaus, so sind Antragsteller durch Art. 175 III EWG-Vertrag geschützt.

Zusammengefaßt ergibt sich also, daß die Kommission auf Grund des Art. 10 II VO 17 verpflichtet ist, den Kartellbehörden derjenigen Mitgliedstaaten, deren Kartellrecht die beteiligten Unternehmen unterworfen sind, die Einleitung aller Verfahren nach Art. 2, 3 (oder 6) VO 17 mitzuteilen. Von diesem Zeitpunkt an ist die Kommission jedenfalls zur verwaltungsrechtlichen "Anwendung der Art. 85 I und 86" allein zuständig.

IV. Es bleibt der Umfang der Bindung der nationalen Kartellbehörden im Falle der Erteilung eines Negativattests oder einer Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 zu klären.

1) Nach Art. 9 III i. V. m. Art. 9 I VO 17 und Art. 88 EWG-Vertrag sind die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten vor Einleitung eines Verfahrens nach Art. 2 oder 3 zuständig, "im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Art. 85 Abs. 1 und 86 über die Zulässigkeit von Vereinbarungen ... sowie über die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ... zu entschei-

31) zum Recht des Antragstellers nach Art. 3 II auf Bescheidung - s. o. § 7 I. B. 5

32) S. E. W. 1962, 273 ff 275

den". In diesem Sinne muß demnach auch das Wort "anwenden" in Art. 9 III verstanden werden³³⁾. "Im Einklang mit den eigenen Rechtsvorschriften" bedeutet dabei: "im Rahmen des nationalen Verfahrensrechts"³⁴⁾. Hierbei ist Art. 1 VO 17 zu beachten, wonach unter die Verbote fallende Absprachen und Monopolhandlungen verboten sind, "ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung bedarf". Konstitutive Verbotsentscheidungen (Unwirksamkeitserklärungen), die von Art. 88 gedeckt gewesen sein mögen, sind seit dem 13. 3. 1962 also nicht mehr zulässig³⁵⁾. "Anwendung" der Art. 85 I, 86 i. S. d. Art. 9 III heißt demnach: inzidente³⁶⁾ oder auch deklaratorisch feststellende, positive oder negative Entscheidung über die Zulässigkeit von Absprachen und Monopolmaßnahmen nach den Art. 85 I, 86 EWG-Vertrag im Rahmen des nationalen Kartellverfahrensrechts.

2) Folglich können die nationalen Kartellbehörden nach dem Erlass von Entscheidungen nach Art. 2 oder 3 VO 17 nicht mehr "nach Art. 85 I und 86 EWG-Vertrag über die Zulässigkeit von Absprachen und Monopolmaßnahmen entscheiden", und zwar auch nicht nach innerstaatlichem Verfahrensrecht. Sie dürfen sich also weder in Widerspruch zu diesen Entscheidungen setzen noch die Verbotsentscheidungen der Kommission selbständig durchsetzen, es sei denn, sie legten einen Sachverhalt zu Grunde, der wesentlich von den "der Kommission bekannten Tatsachen" abweicht³⁷⁾.

a) Hat die Kommission also ein Negativattest erteilt, so ist z. B. das deutsche Kartellamt gehindert, im Rahmen der §§ 6 III 1, 7 II, 11 V 3, 12 I 2 GWB denselben Sachverhalt als gegen Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag verstoßend zu behandeln und ihre Entscheidung unmittelbar darauf zu stützen. Liegt eine Entscheidung nach Art. 3 VO 17 vor, so kann die nationale Kartellbehörde nicht in Anwendung des Art. 85 I oder 86 wegen derselben Sache Sanktionen verhängen³⁸⁾ oder auf andere Weise die Abstellung erzwingen.

33) Deringer, Art. 9 N. 24

34) Everling Art. 88 N. 5; Schlieder, BB 1962, 305 ff 310; Kleemann S. 65; Deringer, Art. 9 N. 25; ähnlich EuGH i. S. 13/61 (Bosch), RSpr. VIII 97 ff 112

35) vgl. Baruch, WuW 1963, 14 ff 16

36) vgl. Weyer, DB 1962, 326

37) vgl. Deringer GRUR-AIT 1962, 286, u. Komm. Art. 2 N. 7; Gleiss/Hirsch Art. 2 VO 17 N. 5

38) siehe zur Zulässigkeit solcher Maßnahmen überhaupt oben II 2 c

b) Fraglich ist dagegen, ob die nationalen Behörden durch Art. 9 III auch gehindert sind, Entscheidungen nach Art. 2, 3 lediglich inzident, insbesondere bei der Abwägung im Rahmen von Ermessensentscheidungen, zu berücksichtigen.

So kann es naheliegen, bei der Prüfung, ob ein Mißbrauch (z. B. i. S. des § 11 V 2 GWB) vorliegt oder eine Erlaubnis erteilt werden soll, u. a. auch den Umstand zu würdigen, daß die Kommission ausweislich des Negativattests keinen Anlaß sieht, gegen das fragliche Kartell auf Grund von Art. 85 I oder 86 einzuschreiten. M. E. wäre gegen diese Praxis nichts einzuwenden, weil darin keine "Entscheidung über die Zulässigkeit nach EWG-Recht" läge, sondern vielmehr eine bereits getroffene Entscheidung der zuständigen Stelle nur beachtet würde.

Problematischer ist es schon, ob eine Entscheidung nach Art. 31 VO 17 - zu Ungunsten der Beteiligten - im nationalen Mißbrauchs- oder Erlaubnisverfahren berücksichtigt werden darf. Doch wird man auch in diesem Falle sagen müssen, daß den nationalen Behörden die Einbeziehung der in der Kommissionsentscheidung festgestellten Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, weil solche Erwägungen keine "Entscheidung" und andererseits (in Mitgliedstaaten!) auch nicht "sachfremd" (z. B. i. S. d. § 70 IV GWB) sind.

Schließlich ist zweifelhaft, ob die nationale Kartellbehörde bei solchen inzidenten Erwägungen auch eine von der Kommissionsentscheidung abweichende Ansicht vertreten darf. Denkbar wäre z. B., daß die nationale Behörde im Gegensatz zur Kommission eine geringfügige Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels bereits als Beeinträchtigung i. S. der Art. 85, 86 ansieht (oder umgekehrt) und diesen Umstand bei der Abwägung im Mißbrauchsverfahren zu Ungunsten der Beteiligten wertet. Eine Abweichung von der Entscheidung der Kommission ist m. E. auch in dieser indirekten Form mit Art. 9 III VO 17 unvereinbar, weil darin ein unter die Zuständigkeitssperre fallendes Abgehen von einer gültigen "Entscheidung über die Zulässigkeit" liegen würde.

3) Es fragt sich nun, ob der Erlass einer Entscheidung nach Art. 2 oder 3 VO 17 die Befugnis der nationalen Kartellbehörden zur Anwendung ihres einzelstaatlichen Kartellrechts auf den der Kommissionsentscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt berührt.

a) Beide Entscheidungen treffen im Tenor lediglich Aussagen darüber, ob ein Verstoß gegen Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag vorliegt. Dies entspricht im übrigen der Zuständigkeitsregelung der Art. 89 d. V. und 9 VO 17, wonach die Kommission nur zur Durchsetzung des EWG-Rechts berufen ist. Auch der EuGH hat es stets vermieden, auf den Vorwurf einzugehen, das beklagte Organ der Gemein-

schaft habe nationales Recht verletzt³⁹⁾. Aus dem Kartell verfahrensrecht der EWG läßt sich mithin nicht entnehmen, daß die nationalen Behörden ihr innerstaatliches Kartellrecht nicht mehr anwenden dürfen.

Eine solche Beschränkung könnte sich aus dem Verhältnis der EWG-Wettbewerbsregeln zum sachlichen Kartellrecht der Mitgliedstaaten ergeben. Dieses schwierige Problem soll gem. Art. 87 II e EWG-Vertrag in einer Verordnung oder Richtlinie des Rates festgelegt werden, wobei allerdings streitig ist, inwieweit diese Ermächtigung dazu ausreicht, unmittelbar das nationale Kartellrecht umzugestalten⁴⁰⁾.

Mit der herrschenden Meinung in Literatur und Praxis⁴¹⁾ ist davon auszugehen, daß die Wettbewerbsregeln der EWG für Unternehmen und die nationalen Kartellgesetze gleichzeitig und nebeneinander auf Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar sind, die sich sowohl auf den grenzüberschreitenden Handel zwischen Mitgliedstaaten als auch auf den innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr auswirken. Die Art. 85 ff EWG-Vertrag wollen ausdrücklich nur den "Handel zwischen Mitgliedstaaten" schützen, während die nationalen Gesetze den Handel innerhalb der Mitgliedstaaten erhalten wollen (vgl. § 98 II GWB). Beide Rechtskreise verfolgen mithin verschiedene und unterscheidbare Schutzzwecke. Im Gegensatz zum Kartellrecht der Montanunion (Art. 65 ff EGKS-Vertrag, vgl. § 101 Nr. 3 GWB) sind die Art. 85 ff in ihrem sachlichen Bereich nicht voll und ganz an die Stelle des nationalen Rechts getreten⁴²⁾. Die Mitgliedstaaten haben zu Gunsten der EWG nur in begrenztem Rahmen Souveränitätsrechte übertragen⁴³⁾. Innerstaatliches und EWG-Recht sind "zwei selbständige, voneinander unabhängige Rechtsordnungen" ⁴⁴⁾.

Wirkt sich eine Wettbewerbsbeschränkung zugleich auf den zwischenstaatlichen und den innerstaatlichen Handel aus, so entsteht zunächst die Frage, ob sich die Beschränkung tatsächlich (wirtschaftlich) in je einen der beiden Schutzbereiche berührenden Teil aufspalten läßt, so daß auf den einen Teil allein die Art. 85 ff EWG-Vertrag, auf den anderen ausschließlich das nationale Kartellrecht anwend-

39) EuGH v. 5. 2. 1963 - 26/62 - NJW 1964, 974 ff 976 m. Anm. Ehle S. 974, Ophüls S. 1751, Wengler S. 1752.

40) s. dazu I. Schwartz S. 6 FN 12; Deringer, Art. 87 N. 38 ff 45-47; Baruch WuW 1963, 27

41) vgl. die Übersichten bei I. Schwartz S. 5-6 FN 7 u. 8; Deringer Art. 87 N. 40 FN 38/39; s. a. Schlochauer, ArchVR 1963 1 ff 33; Bundesregierung in: BKartA, Tätigkeitsbericht 1964 S. 3

42) EuGH v. 4. 2. 1959 - 1/58 - RSpr. V 47 ff Leits. 10; Baruch, WuW 1963, 26/27; Deringer aaO (41) FN 40

43) EuGH v. 5. 2. 1963 aaO (39)

44) EuGH v. 6. 4. 1962 - 13/61 (Bosch) - RSpr. VIII 110

bar ist. Ist eine solche Aufspaltung nicht möglich, lassen sich also nur zwei verschiedene rechtliche Gesichtspunkte auf ein einheitliches Kartell anwenden, so unterliegt das Kartell beiden Rechtsordnungen gleichzeitig. Es muß daher, um zulässig zu sein, die Anforderungen beider Normenkreise erfüllen (sog. "Zwei-Schranken-Theorie" - 45). Zu ähnlichen Ergebnissen hat auch die Entwicklung des Problems der Abgrenzung von Federal und State Antitrust Law in den USA geführt, wo der Begriff des "interstate commerce" (Sherman Act, Section 1) überwiegend als Kompetenznorm verstanden wird 46), während die Art. 85, 86 materiell auf den zwischenstaatlichen Handel beschränktes Recht darstellen 47).

Lassen sich die Schutzbereiche des einzelstaatlichen und des europäischen Kartellrechts auseinanderhalten, so ist doch ein sachlicher Widerspruch zwischen beiden Normenkreisen nicht ausgeschlossen. So könnte man von einem "Übergreif des inländischen Rechts in den Bereich des europäischen Rechts" 48) sprechen, wenn das nationale Recht die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen regeln würde, die sich ausschließlich auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, nicht aber im Inland, auswirken. Eine solche Kollision zweier Regelungen des "Handels zwischen Mitgliedstaaten" wäre m.E. zu Gunsten des Rechts der EWG zu entscheiden, weil die Mitgliedstaaten insoweit Hoheitsrechte auf die Gemeinschaft übertragen haben und nach Art. 5 EWG-Vertrag verpflichtet sind, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten 49). Allerdings sei nicht verkannt, daß nach dem einzelstaatlichen Verfassungsrecht Belgiens, der Bundesrepublik und Italiens das Gemeinschaftsrecht mit dem nationalen Gesetzesrecht nur gleichrangig ist, wohingegen in den Niederlanden, Luxemburg und - vielleicht - Frankreich das supranationale Recht Vorrang zu genießen scheint 50).

b) Es bleibt zu prüfen, welche Folgerungen sich aus den dargestellten Grundsätzen für die hier zu erörternden verfahrensrechtlichen Probleme ergeben.

45) vgl. Deringer, Art. 87 N. 41; I. Schwartz S. 10/11

46) Kronstein, BB 1962, 1295-1297; I. Schwartz S. 12/13 sowie ZHR 124 (1961/62) 254 ff

47) Steindorff, Kartelle und Monopole I 157 ff 176; Deringer, Art. 87 N. 42

48) I. Schwartz S. 11

49) vgl. Schumacher, Kartelle u. Monopole I 347; Baruch, WuW 1963, 22; I. Schwartz S. 11/12

50) vgl. Roemer in der Rechtssache 26/62, abgedruckt bei Deringer, Art. 87 N. 7 FN 9; Schlochauer ArchVR 1963, 1 ff 27-29; Wengler, NJW 1964, 1752; s. a. Erler, VVDStRL 18 (1960) 7 ff 18-20; Steindorff, Kartelle u. Monopole I 157 ff 179

Hat die Kommission ein Negativattest erteilt, so ist damit auch für die Behörden der Mitgliedstaaten lediglich festgestellt, daß für die Kommission kein Anlaß besteht, "auf Grund von Art. 85 I oder 86 des EWG-Vertrages" einzuschreiten. Die nationalen Kartellbehörden sind danach nicht gehindert, auf Grund einzelstaatlichen Rechts einzuschreiten oder eine Genehmigung (Erlaubnis) zu versagen. Eine solche Bindungswirkung äußert nicht einmal die Freistellungserklärung nach Art. 85 III des Vertrages ⁵¹⁾, obwohl die Kommission bei ihrer Erteilung im Rahmen des Ermessens noch eher die innerstaatlichen Auswirkungen mit abwägen wird. Dies folgt letztlich auch aus dem Tenor der Freistellungserklärung, die ja nicht eine Absprache "genehmigt" (wie die Hohe Behörde gemäß Art. 65 § 2 EGKS-Vertrag) oder nach nationalem und EWG-Kartellrecht "für zulässig erklärt" (wie nationale Behörden vor Inkrafttreten der VO 17), sondern lediglich "das Verbot des Art. 85 I für nicht anwendbar erklärt" ⁵²⁾.

Ist eine Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 ergangen, so ist von der zuständigen Behörde festgestellt, daß ein Verstoß gegen das EWG-Kartellrecht vorliegt. Die nationalen Behörden können daraufhin allenfalls feststellen, daß nach staatlichem Recht keine Bedenken gegen den der Kommission vorliegenden Sachverhalt bestehen. Soweit es sich um eine einheitliche, nicht in zwischen- und innerstaatlich wirkende Bestandteile aufspaltbare Absprache handelt, taucht das Problem auf, ob die nationalen Behörden diese Feststellung auch in Form einer Erlaubnis, Genehmigung o. ä. treffen dürfen. Eine Versagung eines Erlaubnisanspruchs mit Rücksicht auf die Entscheidung nach Art. 3 VO 17 ist nach dem oben unter 2) Ausgeführten wegen Art. 9 III unzulässig. Andererseits wäre es unbefriedigend, könnten die Beteiligten zunächst zur Abstellung eines Verstoßes gegen Art. 85 I verpflichtet werden und daraufhin eine Erlaubnis, z. B. nach § 6 II GWB, erlangen. Dieses Ergebnis wird sich aber jedenfalls theoretisch nicht umgehen lassen; es folgt aus der Doppelzuständigkeit von Kommission und nationalen Behörden, sowie aus der "Zwei-Schranken-Theorie". Jede Erlaubnis nach nationalem Recht ist in Zukunft also beschränkt auf das nationale Kartellrecht zu lesen.

Für den umgekehrten Fall - zuerst einzelstaatliche Erlaubnis, sodann Entscheidung nach Art. 3 VO 17 - wird demgemäß ebenfalls angenommen, daß beide Entscheidungen sich miteinander vereinbaren lassen, weil die Erlaubnis keine präjudizielle Wirkung gegenüber dem Kartellverbot des EWG-Vertrages habe ⁵³⁾. Praktisch hätte die Freistellung von dem einzelstaatlichen Kartellverbot trotz Vorliegens einer Entscheidung nach Art. 3 VO 17 allerdings nur dann Wert, wenn

51) Baruch, WuW 1963, 26/27

52) vgl. Schumacher aaO (49)

53) Baruch aaO (51) S. 24, 25, und wohl auch Deringer, Art. 87 N. 41; a. M. Everling, Art. 85 N. 13

die einzelstaatlichen Gerichte an eine Entscheidung nach Art. 3 nicht gebunden sind. Denn nur in diesem Falle wäre es möglich, daß ein Zivilgericht den sich auf die Absprache berufenden Beteiligten auf Grund der einzelstaatlichen Genehmigung Rechtsschutz gewährt, obwohl nach Ansicht der Kommission ein Verstoß vorliegt. Diese Frage ist in § 10 II zu erörtern.

§ 10

BINDUNG DER NATIONALEN ZIVILGERICHTE

I. Mittelbare Bindung durch Zuständigkeitsverlagerung ?

1) Das Problem wurde bereits bei Erörterung der Frage gestreift, ob zu den "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" i. S. d. Art. 9 III VO 17 auch die nationalen Gerichte zählen. Sie wurde dort (§ 9 II 2) insoweit bejaht, als die Gerichte in Rechtsmittelverfahren über Verwaltungsakte der Kartellbehörden zu entscheiden oder auf Antrag der Exekutivbehörde (Kartellamt, Staatsanwaltschaft) Sanktionen zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln gegen die Beteiligten festzusetzen haben. Offen geblieben war dagegen die weitere Frage, ob auch die Zivilgerichte "zuständige nationale Behörden" sind. Zur Veranschaulichung diene ein Beispiel:

Die in der Bundesrepublik ansässigen Unternehmen A, B, C haben ein Exportkartell mit Preisabsprachen geschlossen, das entweder unter § 6 I GWB fällt oder gem. § 6 II erlaubt worden ist. Darüber hinaus haben die Beteiligten bei der Kommission ein nach Art. 173 EWG-Vertrag nicht mehr anfechtbares Negativattest erwirkt. C hält sich nicht mehr an die Absprache und wird von A und B vor einem deutschen Landgericht auf Unterlassung, Erfüllung, Schadensersatz oder eine Vertragsstrafe verklagt, wobei sie das Negativattest vorlegen und den dieser Entscheidung zu Grunde liegenden (und im wesentlichen unveränderten) Sachverhalt vortragen. Kann das Gericht die Klage mit der Begründung abweisen, die Absprachen seien nach Art. 85 II EWG-Vertrag nichtig; die im Negativattest vertretene Auffassung der Kommission sei irrig?

Fallen die Zivilgerichte, die ja über Art. 85 II d. V. ebenfalls zur mittelbaren Durchsetzung der EWG-Wettbewerbsregeln berufen sind, unter Art. 9 III, so wäre das Landgericht ab Einleitung des Verfahrens zur Erteilung des Negativattests

sachlich nicht mehr zuständig, d. h., es dürfte "Art. 85 I nicht mehr anwenden". Da eine Aussetzung des Verfahrens wegen der bereits getroffenen Entscheidung nicht in Betracht kommt, würde dies bedeuten, daß die in dem Negativattest liegende "Anwendung" von Art. 85 I für die Zivilkammer verbindlich wäre, die Absprachen also als mit Art. 85 I vereinbar angesehen werden müßten. Fraglich bliebe dann allerdings noch, ob sie nicht nach Art. 177 II EWG-Vertrag dem EuGH die Frage vorlegen dürfte,

ob das Negativattest wegen Verstoßes gegen Art. 85 "ungültig" sei ¹⁾.

M. E. könnte der EuGH diese Frage aber nicht bejahen, weil nach Unanfechtbarkeit (formeller Rechtskraft) des Negativattests nicht auf dem Umwege über die Vorabentscheidung die fristgebundenen Klagegründe des Art. 173 EWG-Vertrag wieder aufleben dürfen ²⁾.

Noch deutlicher wäre die "Unzuständigkeit" des Landgerichts, falls vor ihm beantragt würde,

"festzustellen, daß die (dem Negativattest zu Grunde liegende) Vereinbarung nichtig ist".

Diese Klage wäre zwar nicht von vornherein unzulässig, weil das Zivilgericht von Amts wegen alle möglichen Nichtigkeitsgründe prüft (*iura novit curia*). Da die Kommission mit dem Negativattest aber Art. 85 I endgültig - negativ - "angewandt" hat, könnte der Feststellungsklage nicht unter Berufung auf Art. 85 II EWG-Vertrag stattgegeben werden.

Die "Unzuständigkeit zur Anwendung der Art. 85 I, 86" i. S. d. Art. 9 III VO 17 würde also praktisch eine Bindung des Zivilgerichts an die Entscheidung der Kommission bedeuten. Diese Lösung hätte den Vorteil, daß widersprechende Entscheidungen der Kommission einerseits und der Zivilgerichte andererseits ab Einleitung eines Verfahrens vor der Kommission unmöglich wären, immer vorausgesetzt, daß der zu beurteilende Sachverhalt der gleiche ist. Die Zuständigkeitssperre auf Grund von Art. 9 III VO 17 würde schon mit "Einleitung des Verfahrens" nach Art. 2 oder 3, also bereits vor Erlaß einer Kommissionsentscheidung eintreten; das Gericht hätte daher das Verfahren auszusetzen oder unter dem Vorbehalt der Kommissionsentscheidung abzuschließen. Da außerdem insoweit das Problem für Art. 2 und 3 VO 17 einheitlich behandelt werden kann, soll zunächst geprüft werden, ob sich schon aus Art. 9 III VO 17 eine mittelbare Bindung der Zivilgerichte ergibt, bevor unter II und III die mögliche materielle Bindungswirkung der Entscheidungen untersucht wird.

1) vgl. "Gültigkeit" in Art. 177 I b) im Gegensatz zu "Richtigkeit".

2) dies folgt mittelbar aus Art. 184 EWG-Vertrag; vgl. Knopp, JZ 1961, 305 ff (IV. 3); s. neuerdings Mailänder, DB 1965, 1312 ff 1318

2) Zunächst sei ein Blick auf die vertretenen Meinungen geworfen.

In der deutschen, holländischen und belgischen Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß zu den durch Einleitung eines Verfahrens gem. Art. 9 III VO 17 von der Anwendung des EWG-Kartellrechts ausgeschlossenen "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" nicht die Zivilgerichte gehören³⁾.

Auch Generalanwalt Lagrange hat in seinen Schlußanträgen vom 27.2.1962 in der Rechtssache 13/61 (Bosch) geäußert, die Einleitung eines Negativattestverfahrens schließe die Zuständigkeit der nationalen Gerichte nicht aus; für die Feststellung von Verstößen nach Art. 3 VO 17 sei eine solche Ausschlußwirkung zwar "sehr zu wünschen, aber doch recht zweifelhaft"⁴⁾.

Die französische Rechtsprechung neigt dazu, Art. 9 III VO 17 auf die Gerichte anzuwenden. So hat die Cour d'Appel de Paris mit Urteil vom 26.1.1963⁵⁾ in einem Zivilprozeß entschieden, daß die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 3 VO 17 dem (französischen Zivil-) Gericht "zwingenden Anlaß" gebe, das Verfahren so lange auszusetzen, bis die Kommission über den gem. Art. 3 II b VO 17 gestellten Antrag "endgültig entschieden" habe. Nach der Verfassung von 1946 i. V. m. Art. 55 der Verfassung von 1958 binde nämlich das Gemeinschaftsrecht die staatlichen Gerichte wie innerstaatliches Recht. Bis zur Entscheidung der "Vorfrage" sei die Entscheidung "im Interesse einer guten Rechtsfindung zurückzustellen".

3) Weyer, DB 1962, 326; Schlieder, BB 1962, 310, und AWD 1963, 87; Deringer, GRUR-AIT 1962, 290 FN. 55 sowie DB 1963, 303, und WuW-Komm. Art. 9 N. 20-22; Kleemann S. 65; Gleiss/Hirsch, 2. Aufl., Art. 9 VO 17 N. 12; Jeantet, J.C.P. 1962 II 12.726; Waelbroeck, R.C.D.I.P. 1962, 415 ff 429, 436, und J.T. 1963, 640/41; Schlochauer, JZ 1963, 108; Materne, R.M.C. 1964, 37; van Hecke, Schweiz. JZ 1964, 213 ff 217/218; Mailänder, Kap. IV S. 23-38 mit Nachweisen S. 23-24; Möhring, NJW 1965, 1633 ff 1637/38; G. Schwartz in GemKomm I § 18 N. 60; Alexander, C.M.L.R. 1 (1963/64) S. 431 ff 445/446; Samkalden (S.E.W. 1962, 274) neigt - entgegen Snijders (N.J.B. 1962, 477/78) - der Ansicht Schlieders (s.o.) zu, betont aber ebenso wie Schumacher, (WuW 1962, 475 ff 483), daß die Frage letztlich nur vom EuGH beantwortet werden könne. Zweifelnd auch Grisoli (Riv. Dir. Commerciale 1962, I, 439 ff 454), Franceschelli (ebenda S. 429 ff 436) und Pappalardo, Riv. delle Società 1962, 342 ff 372. A.M. außer Snijders (s.o.) auch Braun (J.T. 1963, 169 ff 172), Robert (C.M.L.R. 1, 228-230) und Mezger (AWD 1963, 86), indem sie dem Urteil der Cour d'Appel de Paris vom 26.1.1963 (5) insofern zustimmen, sowie Ryziger, Gaz. Pal. 1964, Doctr. 95 ff 98 und Steindorff, Rechtsschutz, S. 100-113.

4) RSpr. VIII 123 ff 141

5) - Grundig/Consten - J.T. 1963, 169 = WuW/E EWG/MUV 65 (s.o. § 9 FN 21)

Schlieder ⁶⁾ hat m.E. zu Recht darauf hingewiesen, daß sich den Urteilgründen nicht eindeutig entnehmen lasse, ob das Gericht die zu erwartende Entscheidung nach Art. 3 VO 17 als verwaltungsrechtliche Vorfrage angesehen und die Aussetzung auf Grund französischen Verfahrensrechts beschlossen hat, oder ob es die Entscheidung ausschließlich auf Art. 9 III VO 17 gestützt hat.

Das Urteil der Cour d'Appel d'Amiens v. 9. 5. 1963 ⁷⁾ erging dagegen in einem auf Art. 37 §§ 1-a und 4 der französischen Preisverordnung ⁸⁾ gestützten Strafverfahren. Das Gericht hat zwar inzident ausgesprochen, daß auch die ordentlichen Gerichte zu den "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" gehören; nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe wollte es aber lediglich entscheiden, daß die Unschädlichkeit oder auch eine Freistellung nach EWG-Recht ein auf das französische Kartellrecht gestütztes Strafverfahren nicht hindere. Im übrigen lehnte es eine Aussetzung nach Art. 9 III VO 17 schon deshalb ab, weil es im entschiedenen Falle an einer eindeutigen "Einleitung eines Verfahrens nach Art. 6 VO 17" fehlte. Das Urteil kann bei der hier untersuchten Frage daher nur mit Vorbehalten herangezogen werden. Die Cour d'Appel de Bruxelles hat mit Urteil vom 25. 6. 1964 entschieden, daß in Belgien "zuständige Behörde" nicht das Zivilgericht, sondern der "Conseil du contentieux économique" sei ⁹⁾.

3) Bei der Lösung des Problems ist

a) vom Wortlaut des Art. 9 III i. V. m. anderen Bestimmungen der VO 17 auszugehen ¹⁰⁾. Die Vorschrift spricht von "Behörden der Mitgliedstaaten", die "zuständig bleiben", Art. 85 I und 86 nach Art. 88 d. V. "anzuwenden". Zwar haben die Begriffe "Behörden" (autorités) und "anwenden" (von Gesetzen) einen so weiten Sinn, daß man auch die Gerichte zu den Behörden rechnen kann, die das EWG-Kartellrecht insofern anwenden, als sie die zivilrechtlichen Konsequenzen aus den Verboten ziehen, insbesondere die Nichtigkeit nach Art. 85 II d. V. aussprechen.

Doch wird die Bezeichnung "zuständige Behörden der Mitgliedstaaten" an allen übrigen Stellen der VO 17 dort verwendet, wo zweifellos die nationalen Kartellverwaltungsbehörden gemeint sind ¹¹⁾, nämlich in den

6) AWD 1963, 86

7) J. T. 1963, 637 m. Anm. Waelbroeck S. 640

8) Nr. 45-1483 i. d. F. d. Dekrets Nr. 58-545

9) JT 1964, 576 ff 582 - gegen das Tribunal de Commerce de Tournai vom 10. 1. 1964, JT 1964, 447 (mit zustimmender Anm. Rigaux S. 451)

10) vgl. vor allem Mailänder S. 25-27 gegen Steindorff, Rechtsschutz S. 110

11) Deringer, Art. 9 N. 20; Waelbroeck aaO. (7); Mailänder S. 26/27

- Artikeln 10 Absätze I und II,
 11 Absätze I, II und VI,
 13 Absätze I und II,
 14 Absätze II Satz 2, IV und V,
 19 Absatz II,
 20 Absatz II 12).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes liegt somit die Annahme nahe, daß unter den "zuständigen Behörden" nur die oben (§ 9 II 2) genannten Kartellbehörden einschließlich der Rechtsmittel- und Strafgerichte zu verstehen sind.

b) Dieses Argument wird gestützt durch die in § 5 eingehend geschilderte Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften¹³⁾. Vor allem kann nicht übersehen werden, daß der Rat als Verordnungsgeber auf die eindringlichen Bedenken der Kommission hin offensichtlich von Art. 7 I des Parlamentsentwurfs i. d. F. der Entschließung vom 19.10.1961 abgewichen ist, wonach die Kommission

"unter Ausschluß der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden allein zuständig"

sein sollte, festzustellen, ob ein Fall von Art. 85 I oder 86 vorliegt¹⁴⁾. Art. 9 III VO 17 spricht dagegen weder von ausschließlicher oder alleiniger Zuständigkeit, noch ist von Gerichtsbehörden die Rede.

Dieser Wortlaut ist unter zwei weiteren Gesichtspunkten bemerkenswert. Im Gegensatz zu Art. 9 III verwendet die VO 17 selbst in Art. 9 I - also nicht nur der Parlamentsentwurf und z. B. Art. 65 § 4 EGKS-Vertrag - den Begriff der "ausschließlichen Zuständigkeit" der Kommission. Es fällt weiterhin auf, daß die "Anwendung" des Art. 85 III (Art. 9 I) sowie der Art. 85 I und 86 (Art. 9 II), nirgends aber die Anwendung des Art. 85 II EWG-Vertrag ausdrücklich geregelt sind¹⁵⁾.

c) Einer solchen Regelung bedurfte es auch nicht, weil die Gemeinschaft föderativ aufgebaut ist. Der EWG-Vertrag überträgt dem Europäischen Gerichts-

12) Art. 23 I VO 17 ist dagegen nicht so eindeutig, da diese Vorschrift auf den Rechtszustand vor dem 13.3.1962 Bezug nimmt und nur von der Erklärung nach Art. 85 III handelt.

13) ebenso Mailänder S. 29/30

14) s. o. § 5 II 5 und 6

15) Waelbroeck J. T. 1963, 640; Materne, R. M. C. 1964, 37 ff 38/41; Mailänder S. 27; a. M. Steindorff, Rechtsschutz S. 111/112

hof in den Art. 169 bis 184 eine Reihe von genau umschriebenen Zuständigkeiten. Soweit keine solche Zuständigkeit des EuGH besteht, bleiben die einzelstaatlichen Gerichte in ihrer Rechtssprechungsgewalt unbeschränkt. Dies gilt nach Art. 183 sogar für Streitsachen, bei denen die Gemeinschaft Partei ist (eine Ausnahme davon enthält Art. 178 für Amtshaftungsklagen). Die Mitgliedstaaten haben ihre Rechtssprechungsgewalt zugunsten der einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts nur in einem Punkte ausdrücklich beschränkt; Art. 177 Abs. III verpflichtet letztinstanzliche innerstaatliche Gerichte, bei entscheidungserheblichen Zweifeln

"a) über die Auslegung des Vertrages,

b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft,"

die Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.

Im übrigen aber bleibt es bei der traditionellen Aufgabe der nationalen Zivilgerichte, in verfassungsrechtlich garantierter Unabhängigkeit die privatrechtlichen Folgerungen aus dem öffentlichen Recht einschließlich völkerrechtlicher Verträge zu ziehen ¹⁶⁾. Da überdies Vereinbarungen und Beschlüsse schon nach dem Wortlaut der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften von Rechts wegen nichtig sind (Art. 85 II EWG-Vertrag), ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung einer Verwaltungsbehörde bedarf (Art. 1 VO 17), können die Zivilgerichte (1) selbständig entscheiden, ob Art. 85 I verletzt ist oder nicht, und (2) daran die nach nationalem Recht zulässige Rechtsfolge - Schadensersatz, Unterlassung, Feststellung von Rechtsverhältnissen - knüpfen. Die zweite Funktion - Zusprechung oder Aberkennung von Ansprüchen - sollte und konnte der Kommission durch die VO 17 sicher nicht übertragen werden, weil sie als typisches Exekutivorgan nicht zum Ausgleich privatrechtlicher Streitigkeiten berufen ist. Auch ist zu bedenken, daß vor den Zivilgerichten nicht die Untersuchungsmaxime, sondern der Verhandlungsgrundsatz mit seinen eigenen Gesetzmäßigkeiten gilt. In Betracht käme allenfalls eine Art. 177 entsprechende Verpflichtung der Gerichte, schwebende Zivilprozesse nach Einleitung eines Verfahrens nach Art. 2 oder 3 VO 17 auszusetzen, um die Frage, ob ein Verstoß vorliegt, im Verwaltungsverfahren klären zu lassen ¹⁷⁾. Ein solcher Aussetzungszwang wäre jedoch nur sinnvoll, wenn das Gericht sodann auch an das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens, d. h. an die Entscheidung der Kommission oder des EuGH, gebunden wäre. Darin läge aber ein "Eingriff in die nationale Rechtssprechungsbefugnis, der über das von Art. 177 EWG-Vertrag gesetzte Maß erheblich hinausgeht" ¹⁸⁾. Es fragt sich deshalb

16) Waelbroeck aaO (15)

17) so insbesondere Steindorff, Rechtsschutz S. 115/116; dagegen Mailänder S. 60

18) Schlieder, AWD 1963, 86, 87; vgl. Waelbroeck J. T. 1963, 640

- aa) ob die Verfassungen der Mitgliedstaaten die Übertragung der Rechtsprechungsbefugnis insoweit überhaupt zulassen;
- bb) ob die Mitgliedstaaten einer solchen Übertragung mit der Ratifikation tatsächlich zugestimmt haben, der EWG-Vertrag also die Einführung einer Vorabentscheidung durch die Kommission nach Art. 2 und 3 VO 17 decken würde;
sowie schließlich
- cc) ob die VO 17 eine solche Vorabentscheidung tatsächlich vorschreibt.

Schon die Frage zu aa) ist nicht unproblematisch. So nimmt die in der Bundesrepublik herrschende Meinung an, daß eine Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen gem. Art. 24 I GG nur in den durch Art. 79 III GG abgesteckten Grenzen einer möglichen Verfassungsänderung zulässig ist¹⁹⁾. Zu den durch Art. 79 III geschützten obersten Rechtsgrundsätzen der Bundesrepublik gehört aber gerade auch die Trennung der Staatsgewalt in besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung (Art. 20 II, III GG), sowie die damit verbundene Hemmung der Gewalten. Andererseits erfordert der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht immer volle "strukturelle Kongruenz"²⁰⁾ der nationalen und der supranationalen Organisation. Für die Zulässigkeit der Übertragung eines Teils der rechtsprechenden Gewalt auf die Kommission ließe sich immerhin anführen, daß die Art. 85 I, 86 EWG-Vertrag mit ihrer Häufung unbestimmter Gesetzesbegriffe der Verwaltung einen nur hinsichtlich seiner Grenzen gerichtlich nachprüfaren "Beurteilungsspielraum" lassen²¹⁾, und daß nach Art. 173 EWG-Vertrag die gerichtliche Kontrolle des Handelns der Kommission weitgehend gewahrt ist. So wird es nach Art. 19 IV, 20, 92 GG als zulässig angesehen, im Verwaltungsverfahren auch Rechtsfragen der Entscheidung zu unterstellen, sofern nur die letzte anrufbare Entscheidung unbeteiligten und unabhängigen Richtern vorbehalten bleibt²²⁾.

-
- 19) G. Erler VVDStRL 18 (1960) 7 ff 40 mit Nachw., 82/83, 101, 111; z. T. einschränkend Thieme, ebenda S. 50 ff 58-60, 82/83, u. Menzel, ebenda S. 97 ff 99; s. a. Wohlfarth, Vorbem. 4 vor Art. 189, sowie Deringer, Art. 87 N. 9-10, jeweils mit Nachw.
 - 20) Kraus, Wehrbeitrag (s. o. § 3 FN 3) II 551, und dazu Erler und Thieme aaO S. 41/42 und 58/59
 - 21) vgl. Art. 33 I 2 EGKS-V u. § 70 IV 2 GWB, welche Vorschriften die "Würdigung der wirtschaftlichen Gesamtlage (und Entwicklung)" grundsätzlich der richterlichen Nachprüfung entziehen; s. a. oben § 1 FN 20
 - 22) s. z. B. Stein/Jonas/Schönke/Pohle, N. II 3 vor § 1 ZPO mit Nachw.; Maunz § 23 I 4

Bei Frage bb) ist mindestens fraglich, ob Art. 87 EWGV, insbesondere Abs. II e, dem Rat die Ermächtigung zum partiellen Ausschluß der Zivilgerichte durch die Kommission gibt ²³⁾. Allerdings hat Steindorff ²⁴⁾ sogar eine Erweiterung der Regel des Art. 65 § 4 EGKS-Vertrag vorgeschlagen; danach soll *de lege ferenda* - die Eröffnung eines Verfahrens durch die Kartellbehörde der EWG auch die Zuständigkeit nationaler Gerichte zur Anwendung nationalen Kartellrechts ausschließen.

Beide Vorfragen könnten jedoch dann offen bleiben, wenn schon die Frage cc) zu verneinen wäre, wenn also das Gesetz (Art. 87 d. V. und VO 17) nicht klar ergäbe, daß die Anwendung der EWG-Kartellverbote auch im Streit zwischen Zivilparteien der Kommission anvertraut ist.

Schlieder ²⁵⁾, Deringer ²⁵⁾, Waelbroeck ²⁶⁾ betonen m. E. mit Recht, daß ein so außergewöhnlicher und schwerwiegender Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten zumindest eindeutig erklärt sein müßte, wie etwa in Art. 65 § 4 II EGKS-Vertrag und Art. 7 I der Entschließung des Parlaments vom 19. 10. 1961 geschehen. Nach dem oben (a und b) Gesagten ist es aber nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Art. 2, 3 und 9 VO 17 sehr zweifelhaft, ob mit Einleitung eines Verfahrens nach Art. 2 oder 3 auch die Zivilgerichte von der Anwendung der Art. 85 I, II und 86 ausgeschlossen sind.

Eine echte ausschließliche Zuständigkeit der Kommission schafft Art. 2 II der VO 26 des Rates, eine Vorschrift, die kurz nach Art. 9 VO 17 erlassen worden ist und sich daher zu einem Vergleich anbietet. Dabei fällt auf, daß die Kommission nach Art. 2 II VO 26 die zum Teil politische Entscheidung trifft, ob Art. 85 I überhaupt für gewisse landwirtschaftliche Kartelle gilt. Die Entscheidung beantwortet also nicht (wie in den Fällen der Art. 2 und 3 VO 17) die Frage, ob eine bestimmte Absprache unter das Gesetz (Art. 85 I) fällt, sondern die allgemeine Vorfrage, ob das grundsätzlich für die gesamte Wirtschaft gültige Gesetz ausnahmsweise wegen der politischen nationalen (einzelsstaatliche Marktordnung) oder supranationalen (Art. 39 EWG-Vertrag) Interessen sachlich außer Betracht bleiben soll ²⁷⁾. Diese Entscheidung ähnelt eher einer "authentischen Interpretation" des Verbotsgesetzes durch die vom Gesetzgeber ernächtigte Regierung als der bloßen Subsumtion des Einzelfalles unter das Verbotsgesetz, wie sie die Gerichte bei Anwendung der Art. 85 I, 86 EWG-Vertrag in Zivilprozessen vorziehen. Art. 2 II VO 26 ist daher nur scheinbar ein Parallelfall; e contrario spricht er für die hier vertretene Ansicht.

23) vgl. Schlieder AWD 1963, 87

24) Kartelle u. Monopole I/157 ff 186/87; s. ergänzend: Rechtsschutz S. 28 ff

25) WuW-Komm. Art. 9 VO 17 N. 21

26) J. T. 1963, 640

27) s. o. § 4 II 3

Bei dieser Lage ist eine ausdehnende Auslegung des Art. 9 III VO 17 nicht möglich. Da die Rechtsprechungsgewalt der nationalen Gerichte nach dem System des EWG-Vertrages die Regel ist (vgl. Art. 177, 178), muß hier angesichts der zahlreichen rechtlichen Zweifel auf Grund des Gesetzeswortlauts die engere, "souveränitätsschonende" Auslegung des Begriffes "zuständige Behörden der Mitgliedstaaten" zu Grunde gelegt werden. Dem steht nicht entgegen, daß aus Art. 5 II EWG-Vertrag möglicherweise das Gebot eines "gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens"²⁸⁾ hervorgeht. Von einem solchen Gebot zu unterscheiden wäre eine - sowohl dem nationalen als auch dem Gemeinschaftsrecht angehörige - Grundregel, wonach in dem teilweise integrierten sachlichen Geltungsbereich des EWG-Vertrages im Zweifel stets eine die Befugnisse der Gemeinschaftsorgane stärkende Auslegung zu wählen wäre. Eine solche Regel ist aber nicht geltendes Recht. Einmal wäre sie zu allgemein, um sinnvoll zu sein. Auch die politische Praxis zeigt, daß die Mitgliedstaaten in der Regel zäh an souveränen Rechten festhalten. Speziell im Kartellrecht der EWG ist es im übrigen sogar zweifelhaft, ob es im Interesse der föderativ aufgebauten Gemeinschaft läge, die Zivilgerichte von ihrer Mitwirkung an der Durchsetzung und damit auch an der Fortbildung der Wettbewerbsregeln auszuschließen²⁹⁾, ganz abgesehen davon, daß die Kommission mit Arbeit überlastet und Zivilprozesse über Gebühr verzögert würden.

Einleitung und Abschluß eines Verfahrens nach Art. 2 oder 3 VO 17 hindern die innerstaatlichen Zivilgerichte also grundsätzlich nicht, Art. 85 I, II und Art. 86 EWG-Vertrag (z. B. i. V. m. §§ 134, 138 BGB) "anzuwenden", d. h. den Prozeßstoff darunter zu subsumieren und privatrechtliche Folgerungen daraus zu erkennen.

II. Materielle Bindungswirkung des Negativattests

1) Damit ist jedoch die Frage nach der Bindungswirkung des Negativattests und der Verpflichtungsentscheidung noch nicht endgültig beantwortet. Zwar bleiben die nationalen Gerichte trotz Einleitung eines Verfahrens nach Art. 2 oder 3 VO 17 "zuständig, Art. 85 I und Art. 86 d. V. anzuwenden". Es bleibt aber zu prüfen, ob die abschließende Entscheidung der Kommission nicht die Vereinbarkeit des Sachverhalts mit den EWG-Kartellverboten in dem Sinne

28) Ophüls, NJW 1963, 1697 ff 1701 1

29) vgl. Schlieder aaO (23); Mailänder S. 30 - 36; auch Steindorff, Rechtsschutz S. 103

endgültig klärt, daß auch die nationalen Zivilgerichte von dem Inhalt der Entscheidung zu Gunsten oder zum Nachteil der Beteiligten oder Dritten nicht abweichen dürfen.

Eine solche Bindung an den Inhalt der Kommissionsentscheidung wäre ihrem Wesen nach von der nach Art. 9 III VO 17 möglichen "mittelbaren Bindung infolge Zuständigkeitssperre" verschieden. Sie setzt eine nach Art. 173 EWG-Vertrag formell rechtskräftige Sachentscheidung voraus. Eine inhaltliche Bindung ist nicht notwendig an die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission als der zuerst entscheidenden Behörde geknüpft. Für die Bindung könnten vielmehr die Rechtssicherheit, die Prozeßökonomie sowie das Prinzip der Anerkennung von Hoheitsakten konkurrierend zuständiger Behörden³⁰⁾ sprechen. Einander widersprechende Entscheidungen verschiedener Behörden sind möglichst zu vermeiden³¹⁾. Im vorliegenden Zusammenhang kommt das besondere Interesse an einer möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung der EWG-Wettbewerbsregeln in den sechs Mitgliedstaaten hinzu. Die Bindung der nationalen Gerichte in Streit-sachen an die Entscheidung der Kommission würde bedeuten, daß der Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts im Hinblick auf Art. 85 I oder 86 d. V. in der Form der Art. 2, 3 VO 17 eine Art "materieller Rechtskraft"³²⁾ zukäme; in Prozessen zwischen den beteiligten Unternehmen untereinander oder zwischen Beteiligten und Dritten wäre stets die aus der Kommissionsentscheidung ersichtliche rechtliche Würdigung zu Grunde zu legen. In dem oben I. 1 gebildeten Beispielsfall hätte das Landgericht also von der Gültigkeit der Absprachen auszu-gehen.

2) Gerichtliche Entscheidungen über bereits nach Art. 2 VO 17 entschiedene Sachverhalte sind noch nicht bekannt geworden.

In der Literatur wird mit Rücksicht auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte überwiegend angenommen, daß die Zivilgerichte - auch materiell - nicht an ein Negativattest gebunden sind³³⁾.

30) siehe dazu z. B. H. J. Wolff § 20 V S. 77; Forsthoff § 6 S. 92 - 94

31) vgl. Mailänder S. 38 ff

32) so Lagrange, Schlußanträge i. S. 13/61 (Bosch) v. 27. 2. 1962, RSpr. VIII 123 ff 141/42

33) Lagrange, *loc. cit.* 32), sowie ebenda S. 140; Deringer, GRUR-AIT 1962, 286 und WuW-Komm., Art. 2 N. 8 (noch zweifelnd in WuW 1962, 90 und - mit Tessin - NJW 1962, 989);

Weyer, DB 1962, 293 ff 296; Schlieder, BB 1962, 305 ff 308; Obernolte, WRP 1962, 103 ff 108; Kleemann S. 66; Gleiss/Hirsch, Art. 2 VO 17 N. 4 (noch zweifelnd in AWD 1962, 121 ff 126); Schlochauer JZ 1963, 105 ff 108; Waelbroeck R. C. D. I. P. 1962, 415 ff 429;

3) M. E. ist der herrschenden Meinung im Ergebnis zu folgen.

Das Negativattest stellt in seinem Tenor lediglich fest, daß für die Kommission kein Anlaß besteht,

gegen die unterbreiteten Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen auf Grund von Art. 85 I oder 86 d. V. einzuschreiten.

Wie sich aus der in § 5 dargestellten Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt, steht diese Fassung in auffälligem Gegensatz zu Art. 65 § 4 II EGKS-Vertrag und Art. 1 A des Parlamentsentwurfs in der Fassung vom 19.10.1961, wonach die Hohe Behörde feststellen kann, daß

Vereinbarungen oder Beschlüsse mit Art. 65 EGKS-Vertrag im Einklang stehen,

und die Kommission befugt sein sollte, festzustellen, daß

Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen unter Art. 85 I oder Art. 86 d. V. fallen ³⁴⁾.

Art. 2 VO 17 führt demgegenüber die betonte Beschränkung der Feststellung auf das - verwaltungsrechtliche - Verhältnis der Kommission zu den Beteiligten ein, nämlich auf die Befugnis der Kommission, mit Verwaltungszwang (Art. 3, 16) und Bußgeldbescheiden (Art. 15 VO 17) gegen die Beteiligten "einzuschreiten" ³⁵⁾. Die Fassung des Art. 2 VO 17 vermeidet sorgfältig den Anschein, als werde mit dem Attest auch die Feststellung eines privaten Rechtsverhältnisses, der zivilrechtlichen Gültigkeit nach Art. 85 I, II d. V. getroffen. Der Rat hat seine Worte offenbar so vorsichtig gewählt, um den von Kommissar von der Groeben im Parlament gegenüber dem Antrag des Abgeordneten Ferretti geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen ³⁶⁾. Zwar wird in der Regel dann, wenn "kein Anlaß zum Einschreiten" gegeben ist, auch "Einklang mit den Art. 85, 86" bestehen. Der Wortlaut der Art. 2, 3 VO 17, ferner der Umstand, daß die Kommission nicht durch das Legalitätsprinzip zum Einschreiten gegen unbedeutendere

Fortsetzung der Fußnote 33)

ebenso wohl auch Samkalden (SEW 1962, 205 ff 213) und Droste (NJW 1962, 1937 ff 1942); a. M. Mulder/Mok, Kartellrecht, Alphen aan de Rijn, 1962, S. 230 (zitiert bei Deringer, Art. 9 N. 20 FN 4); Françon, J. Dr. Int. 1962, 368 ff 388; unentschieden van Hecke/Suetens, J. T. 1962, 362 ff 364 (no. 16)

34) s. auch Art. 2 II VO 26: "... welche Beschlüsse ... die Voraussetzungen des Abs. I (Art. 85 I gilt nicht ...) erfüllen"

35) s. dazu näher oben § 8 I 3

36) s. oben § 5 II 5

Fälle gezwungen wird³⁷⁾, zwingen jedoch zu dem Schluß, daß die VO 17 durchaus zwischen "fehlendem Anlaß zum Einschreiten" und "Einklang" bzw. "Vereinbarkeit mit den Artikeln 85 und 86" oder "zivilrechtlicher Wirksamkeit" unterscheidet. Da in materieller Rechtskraft grundsätzlich nur die Entscheidungsformel erwächst, ist es berechtigt und geboten, den dafür maßgeblichen Wortlaut des Art. 2 VO 17 als wesentlichstes Argument heranzuziehen. Dies wird durch die folgende Überlegung bestätigt. Das Zivilgericht hat im Gegensatz zur Kommission nicht in erster Linie das öffentliche Interesse an der Abstellung und Ahndung von Verstößen gegen Art. 85 I oder 86 zu wahren. Es "schreitet" nicht "ein" sondern schafft durch Subsumtion des vorgetragenen Sachverhalts einen privatrechtlichen Ausgleich zwischen streitigen Parteien, wobei es grundsätzlich alle in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte prüft (*iura novit curia*). Dabei gelten auch andere verfahrensrechtliche Regeln (Dispositionsmaxime, Darlegungs- und Beweislast) als im Verwaltungsverfahren. Opportunitätsgesichtspunkte³⁷⁾ kann das Gericht nicht verwerten.

Demgegenüber versucht Mailänder, die Bindungswirkung des Negativattests aus einer "sachlich begründeten Zuständigkeitsverteilung" herzuleiten. Zwar sei davon auszugehen, daß nicht schon die "formale Zuständigkeitsregelung" des Art. 9 III VO 17 eine abweichende Entscheidung verhindert (S. 23 - 37, 61). Nach Art. 9 I VO 17 seien aber zumindest die in ausschließlicher Zuständigkeit getroffenen Entscheidungen der Kommission bindend. Hierzu zählt Mailänder (S. 63 - 65) nicht nur die Erteilung und die (sachliche) Ablehnung der Freistellung, sondern "alle Entscheidungen, die nur unter Einschluß des Art. 85 III getroffen werden können", also auch die Feststellung von Zuwiderhandlungen nach Art. 3 VO 17 und die Zurückweisung eines Antrags nach Art. 85 III oder Art. 3 mit der Begründung, daß überhaupt kein Fall des Art. 85 I vorliegt.

Dies müsse wegen der "Einheit des Art. 85" auch dann gelten, wenn - etwa mangels Anmeldung - für den fraglichen Zeitraum eine Freistellung nicht in Betracht kommt (S. 65 - 67).

Schließlich binde auch das Negativattest die Zivilgerichte, weil sich die auf Rechtssicherheit bedachten Beteiligten in derselben Lage wie bei Zurückweisung der Anmeldung mangels Verbotswidrigkeit befänden. Es müsse "auch hier verhindert werden, daß nationale Gerichte an gegensätzlicher Auffassung zum Nachteil der Beteiligten festhalten dürfen, ohne daß diesen die Möglichkeit bleibt, ihre Praktiken wenigstens durch eine Genehmigung vom Verbot ausnehmen zu lassen" (S. 68).

Diese Begründung überzeugt nicht.

37) s. dazu oben § 6 II C 3 e

Wie bereits hervorgehoben wurde, behandelt die VO 17 nur das Negativattest und nicht die "Zurückweisung der Anmeldung mangels Verbotswidrigkeit" als bedeutsame, zu veröffentlichende Sachentscheidung³⁸⁾. Es geht daher nicht an, den in der deutschen Lehre vom (gesetzlich nicht geregelten) Negativattest³⁹⁾ maßgebenden Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ohne weiteres auf die positive Regelung des Art. 2 VO 17 zu übertragen⁴⁰⁾. Vielmehr sprechen Geschichte und Wortlaut dieser Vorschrift gegen eine Bindung der Gerichte⁴¹⁾.

Es ist ferner zweifelhaft, ob der Ausgangspunkt Mailänders zutrifft, die Kommission dürfe Anmeldungen zurückweisen und entscheide dabei in der ausschließlichen Zuständigkeit des Art. 9 I VO 17. Nach Art. 9 I ist die Kommission ausschließlich zuständig, Art. 85 I "nach Art. 85 III für nicht anwendbar zu erklären". Ein Monopol zur "Anwendung" und Auslegung des Art. 85 I ist ihr bewußt nicht übertragen worden. Allein vorbehalten ist ihr nur die Verwirklichung der in Art. 85 III genannten Ziele - Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung und Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter Gewinnbeteiligung der Verbraucher -, eine Aufgabe, die besser von dem für die Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt verantwortlichen Zentralorgan als von den Gerichten erfüllt werden kann, weil sie gestaltende, zum Teil politische Entscheidungen und nicht bloße Subsumtion verlangt. Im Rahmen dieser Aufgabe, d. h.: nach Art. 9 I VO 17, handelt die Kommission nur, wenn sie sachlich zu Art. 85 III Stellung nimmt, indem sie die Freistellung gewährt oder versagt. Weist sie dagegen die Anmeldung als überflüssig (und somit unzulässig) zurück, dann enthält sie sich ausdrücklich einer solchen Sachentscheidung.

Die Bindungswirkung der Zurückweisung einer Anmeldung sowie des an Stelle einer in erster Linie beantragten Freistellung ergehenden Negativattests läßt sich also nicht aus Art. 9 I VO 17 herleiten. Gleichwohl könnte ein Bedürfnis bestehen, die Empfänger solcher Akte so zu stellen, als hätten sie die - zweifellos bindende - Freistellung erhalten.

Ein solches Bedürfnis scheidet einmal dann aus, wenn die Unternehmen ihr Kartell nur "vorsorglich" angemeldet und hilfsweise ein Negativattest beantragt hatten⁴²⁾. Die Beteiligten begnügen sich in diesem Falle ausdrücklich mit dem deklaratorischen Negativattest.

38) oben § 8 I 4 b - c

39) oben § 8 I 6

40) so aber Mailänder S. 68 FN 16

41) so auch Mailänder S. 29, 67

42) vgl. Formblatt B Nr. IV und dazu oben § 6 I A 4

Zum anderen entfällt das Schutzbedürfnis, falls die Unternehmen auf einer Sachentscheidung nach Art. 85 III bestehen können. Es fragt sich daher, ob die Kommission auf eine nicht nur vorsorgliche Anmeldung hin einer solchen Entscheidung durch die "Zurückweisung" ausweichen kann⁴³⁾. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen.

Haben die Beteiligten zum Tatbestand des Art. 85 III alles Erforderliche vorgetragen, dann haben sie ein Recht auf sachliche Entscheidung, ohne Rücksicht darauf, ob sie überhaupt gegen Art. 85 I verstoßen. Dagegen wird eingewendet, Abs. III setze Abs. I logisch voraus⁴⁴⁾. Schon dies ist nach dem Wortlaut des Art. 85 nicht zwingend; nach Abs. III werden nicht "verbotene Kartelle genehmigt", sondern "das Verbot wird auf Kartelle für nicht anwendbar erklärt", was auch heißen kann: "für von vornherein nicht anwendbar erklärt". Abgesehen davon kommt es nicht so sehr auf formale Logik als vielmehr auf das von EWG-Vertrag anerkannte Bedürfnis nach eindeutiger Freistellung nützlicher Kartelle an. Die Kommission sollte daher die Freistellung auch vorsorglich, für den Fall der Verbotswidrigkeit, erteilen können. Äußern die Beteiligten diesen Wunsch, dann liegt ihnen nichts an der - deklaratorischen - Klärung, ob ein Fall des Art. 85 I vorliegt; sie sind allein daran interessiert, gemäß Abs. III - konstitutiv - für eine bestimmte Zeit (Art. 8 I VO 17) freigestellt zu werden, wozu sie freilich mehr Tatsachen als für ein Negativattest darlegen und beweisen müssen. Derartige "vorsorgliche Genehmigungen" sind auch dem deutschen Recht geläufig⁴⁵⁾. Die vorsorgliche Freistellung entspräche im übrigen wohl auch der französischen Vorstellung von Art. 85 III als einer "Legalausnahme", einer Theorie, die in der VO 17 gewisse Spuren hinterlassen hat⁴⁶⁾. Ferner sind hier der von Mailänder (S. 48) im Anschluß an das Bosch-Urteil⁴⁷⁾ betonte Gesichtspunkt der "Einheit des Art. 85" sowie die französische "Wirtschaftsbilanz-Methode" in Kartellsachen⁴⁸⁾ heranzuziehen. Schließlich wirkt eine auf Grund der VO 19/65 erteilte Gruppenfreistellung⁴⁹⁾ praktisch wie eine vorsorgliche Ausnahme vom Verbot; der Richter kann offenlassen, ob eine umstrittene Absprache unter Art. 85 I fällt, wenn sie von der Gruppenausnahme erfaßt wird.

43) Ein Negativattest kann sie nicht erteilen, weil es hier an dem in Art. 2 vorausgesetzten Antrag fehlt.

44) Gleiss/Hirsch, Art. 4 VO 27 N. 8

45) vgl. zum Vormundschaftsrecht oben § 8 FN 80; zum Kartellrecht Deringer, Art. 85 III N. 2 m. Nachw. aus der Praxis des BKartA in FN 3; a. M. wohl Gleiss/Hirsch aaO (44)

46) s. o. § 2, § 3 II 3

47) s. o. § 3 II 2 sowie unten III 2 b

48) s. z. B. Ryziger, Gaz. Pal. 1964, Doctr., 95 ff 98; Brault, NJW 1966, 2241 ff 2243/44

49) s. o. § 3 II 3 a. E.

Nach all dem muß die Kommission auf entsprechenden Antrag der Beteiligten zumindest dann eine vorsorgliche Einzelfreistellung erteilen, wenn es nicht schon völlig zweifelsfrei an einem Verstoß gegen Art. 85 I fehlt⁵⁰⁾. Eine solche Freistellung ist insbesondere dann geboten, wenn ein nationales Gericht einen Rechtsstreit mit Rücksicht auf die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 85 III ausgesetzt hat. Es gibt damit zu verstehen, daß es die Freistellung für entscheidungserheblich, d. h. einen Verstoß für gegeben ansieht.

Fraglich bleiben somit nur noch die praktisch wohl seltenen Fälle, in denen ein angemeldetes Kartell nach Ansicht der Kommission "offensichtlich" nicht gegen Art. 85 I verstößt. Hier ist zweifelhaft, ob ein "Rechtsschutzinteresse" an der vorsorglichen Freistellung besteht⁵¹⁾. Im äußersten Falle mußten die Beteiligten gegen die "Zurückweisung" und auf Erteilung der Freistellung klagen. Dabei sind - abgesehen von einem Obsiegen der Kläger - zwei Möglichkeiten denkbar: entweder weist der EuGH die Klage als unbegründet ab, weil es an einem Verstoß fehle; dann sind die nationalen Gerichte praktisch an diese Ansicht gebunden⁵²⁾. Es könnte aber auch sein, daß der EuGH die Klage für unzulässig hält, damit würde der EuGH indirekt die Bindungswirkung einer Zurückweisung in den Fällen bejahen, in denen - wegen offensichtlichen Mangels eines Verstoßes - kein Anspruch auf Freistellung besteht.

Erheben die Empfänger einer solchen Zurückweisung keine Klage nach Art. 173, so wird ein nationales Gericht kaum die Nichtigkeit nach Art. 85 II annehmen können, ohne gemäß Art. 177 die Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.

Zusammengefaßt ergibt sich: die Kommission entscheidet nicht im Rahmen des Art. 9 I VO 17, wenn sie eine Anmeldung mangels Verbotswidrigkeit zurückweist oder ein Negativattest gleichen Inhalts erteilt. Da die Beteiligten i. d. R. eine "vorsorgliche Freistellung" verlangen können, besteht auch kein Bedürfnis, solche Zurückweisungen als bindend zu behandeln. Damit entfällt das wesentliche Argument Mailänders, wonach aus Art. 9 I und dem Gedanken des Vertrauensschutzes die Bindungswirkung solcher Negativatteste folgen soll, in deren Gründen Art. 85 I ausgeschlossen wird.

Daß Negativatteste, die lediglich über Art. 86 entscheiden, nicht binden, räumt auch Mailänder (S. 73) ein. Diese Differenzierung ist gleichfalls nicht statthaft, weil Art. 2 VO 17 beide Verbote parallel behandelt.

Man kann ferner nicht darauf verweisen, daß die deutsche Rechtslehre vom Negativattest zu einem entsprechenden Ergebnis gelange⁵³⁾. Wie der BGH kürz-

50) so auch Deringer aaO (45); a. M. wohl die Kommission in ihrer 2. Bekanntmachung v. 9.11.1962, ABl. S. 2628/62

51) verneinend Deringer aaO (45) und die Kommission aaO (50)

52) Deringer, Art. 85 III N. 5; Gleiss/Hirsch aaO (44)

53) so aber Mailänder S. 68 FN 16

lich entschieden hat, steht ein Negativattest der Genehmigung durchaus nicht immer gleich. Dies gilt vor allem dann, wenn die Genehmigung nicht nur öffentliche Belange wahren, sondern (wie z.B. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) auch private Interessen schützen soll⁵⁴⁾. Art. 3 II b VO 17 zeigt, daß die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auch privaten Interessen dienen.

Entscheidend ist schließlich, daß sich die Lösung Mailänders zu weit vom Wortlaut des Art. 2 VO 17 entfernt. Sie würde praktisch bedeuten, daß dem Negativattest "materielle Rechtskraft" zukommt; denn sie schließt ein, daß andere Behörden und sogar Gerichte in derselben Sache über Art. 85 I nicht anders entscheiden könnten ("ne bis in idem"). Eine solche prozessuale Bindung anderer Instanzen kann nicht einfach daraus hergeleitet werden, daß die Kommission gegenüber den Beteiligten an ein Negativattest nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen gebunden bleibt⁵⁵⁾, und daß ein Negativattest auf Grund eines ausführlich geregelten Verwaltungsverfahrens ergeht. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, der im Verhältnis zwischen Antragsteller und Behörde maßgebend ist (Bestandskraft), kann zur Begründung einer Bindung anderer Behörden (materielle Rechtskraft) nicht herangezogen werden⁵⁶⁾. Herkömmlicherweise ist die Befugnis, in einer Rechtsfrage das "letzte Wort" zu sprechen, den Gerichten vorbehalten. Angesichts der besonderen Autorität ihrer Urteile kann eine Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Vertrauen und dem öffentlichen Interesse, wie sie bei der Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten typisch ist, nicht stattfinden⁵⁷⁾. Daher sind gegen formell rechtskräftige Urteile nur Gestaltungsklagen mit dem Ziel der Vollstreckungsabwehr und der Wiederaufnahme zulässig. Ähnliche Wirkungen hat ein Verwaltungsakt selten⁵⁸⁾, zumal wenn er - wie das Negativattest - lediglich eine Feststellung ausspricht. Diese Feststellung ist hier noch besonders schwach, weil sie jederzeit - ohne förmlichen Widerruf⁵⁹⁾ - entfallen kann, wenn Tatsachen bewiesen werden, die der Kommission bei ihrer Entscheidung nicht bekannt waren. Endlich geht aus Art. 85 II EWG-Vertrag hervor, daß die Kartellverbote auch dem Ausgleich privater Interessen dienen. Die Entscheidungsformel eines Negativattests nach Art. 2 läßt diesen bürgerlich-rechtlichen Bereich aber unberührt. Sie beschränkt sich unmißverständlich auf das zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen bestehende Verwaltungsrechtsverhältnis⁶⁰⁾.

54) BGHZ 44, 326/328 und dazu oben § 8 I 6

55) so aber Mailänder S. 67/68

56) Böttcher, Festschrift DJT, I, 511 ff 532, 534; aus jüngster Zeit z.B. Bachof, JZ 1966, 603 m. Nachw.

57) Böttcher aaO (56)

58) vgl. Bachof aaO (56); Forsthoff S. 93, 233-238 m. Nachw. S. 231, 237

59) s.o. § 8 II B 2 b

60) s.o. § 8 I 3 b

Soweit die Kommission nicht im Rahmen des Art. 9 I VO 17 entscheidet, ist eine Bindung höchstens noch in folgendem Falle anzuerkennen: Verweigert die Kommission das Negativattest, dann können die Antragsteller nach Art. 173 EWG-Vertrag Nichtigkeitsklage erheben. Kommt der EuGH entgegen der Ansicht der Kommission zu dem Ergebnis, daß ein Verstoß gegen Art. 85 I oder Art. 86 nicht vorliegt, dann haben die Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung des Negativattests⁶¹⁾. Da dem EuGH in Art. 177 EWG-Vertrag aber zugleich eine umfassende Auslegungszuständigkeit für alle Fragen des Gemeinschaftsrechts übertragen worden ist, sind die Zivilgerichte in derselben Sache praktisch an die Entscheidung der Rechtsfrage gebunden. Es ist ihnen jedoch theoretisch nicht verwehrt, die gleiche Rechtsfrage nochmals im Verfahren nach Art. 177 vorzulegen⁶²⁾.

4) a) In der Praxis wird es für ein Zivilgericht allerdings eine "bedeutsame Tatsache"⁶³⁾ sein, zu wissen, daß die Kommission als zuständige EWG-Fachbehörde nach Prüfung im förmlichen Verfahren der VO 17 keinen Anlaß sieht, auf Grund des Art. 85 I oder 86 EWG-Vertrag gegen den nun dem Gericht vorgetragenen Sachverhalt verwaltungsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Das Gericht wird sich mit der aus den Gründen des Negativattests ersichtlichen Rechtsansicht der Kommission eingehend auseinandersetzen müssen, bevor es seiner Entscheidung eine abweichende rechtliche Würdigung zu Grunde legt. Dies gilt insbesondere für die bei Art. 85 und 86 EWG-Vertrag stets zu klärende Frage, ob der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. Die Kommission verfügt über sachverständige Beamte und eine ständige Übung auf diesem Spezialgebiet. Sie besitzt überlegene Ermittlungsmöglichkeiten, die ihr einen weiten Überblick über die Wirtschaft im Gemeinsamen Markt von erhöhtem Standpunkt aus verschaffen. Zwar wird die Kommission gerade im Verfahren nach Art. 2 VO 17 seltener von den ihr in den Art. 11, 13, 14 VO 17 eingeräumten Befugnissen Gebrauch machen, weil sie sich ausdrücklich nur für die "ihr bei der Entscheidung bekannten Tatsachen" bindet⁶⁴⁾. Wie z.B. die jährlichen Gesamtberichte der Kommission zeigen, steht ihr umfangreiches statistisches Material zur Verfügung. In Wettbewerbsfragen gibt ihr außerdem Art. 12 VO 17 das Recht, ganze Wirtschaftszweige zu untersuchen, um Aufschluß über die Entwicklung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und die Ursachen von Wettbewerbsverfälschungen zu

61) s. o. § 6 II C 4

62) vgl. EuGH in Sachen 28-30/62 am 27. 3. 1963, RSpr. IX 63 ff (Tariefcommissie II)

63) Lagrange aaO (32); vgl. Alexander, C. M. L. R. 1 (1963/64) 431 ff 438, wonach das Negativattest eine "mere presumption" zugunsten des Kartells begründe.

64) s. o. § 6 I C 1 a

erlangen, die sich in Preisbewegungen, Preiserstarrungen und dergleichen zu zeigen scheinen. In jedem Verfahren nach Art. 2 VO 17 sind zudem die nationalen Kartellbehörden eingeschaltet und wird der Beratende Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen angehört. Darüber hinaus werden möglicherweise die Beteiligten und Dritte nach Art. 19 gehört. Stets sind Antrag (Art. 19 III) und Entscheidung (Art. 21) im wesentlichen zu veröffentlichen.

Alle diese Umstände verleihen einem Negativattest ein so großes tatsächliches Gewicht, daß ein nationales Zivilgericht - bei gleichgebliebenem Sachverhalt - schwerlich von der Entscheidung abgehen wird, ohne die Möglichkeit einer Vorabentscheidung der tragenden Rechtsfrage gem. Art. 177 EWG-Vertrag zu nutzen.

Im Eilverfahren zur Erteilung von Arresten und einstweiligen Verfügungen ⁶⁵⁾, bei denen es genügt, wenn der Anspruch glaubhaft gemacht ist, wird das Gericht regelmäßig die Ansicht der Kommission übernehmen müssen. Selbst letztinstanzliche Gerichte sind in diesem summarischen Verfahren wohl überhaupt nicht verpflichtet, nach Art. 177 III EWG-Vertrag den Europäischen Gerichtshof anzufragen ⁶⁶⁾. Auf jeden Fall aber bieten Entscheidungen nach Art. 2 VO 17 schon vor Eintritt ihrer formellen Rechtskraft eine ausreichende Gewähr dafür, daß nach EWG-Kartellrecht keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der von ihnen erfaßten Rechtsgeschäfte bestehen.

b) Nach Art. 177 I EWG-Vertrag ⁶⁷⁾ entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung u. a.

(a) über die Auslegung des EWG-Vertrages,

(b) über die Gültigkeit

und die Auslegung von Handlungen der Organe der EWG.

Nach Art. 177 I b könnten Zivilgerichte, die daran zweifeln, ob sie an ein Negativattest rechtlich gebunden sind, eine Entscheidung über die hier erörterten Fragen herbeiführen, insbesondere also darüber,

ob die Zivilgerichte zu den "Behörden der Mitgliedstaaten" i. S. d. Art. 9 III VO 17 gehören ⁶⁸⁾, und

65) §§ 916 ff u. 935 ff ZPO; s. auch Art. 2 des französischen Finanzgesetzes Nr. 63-628 v. 2. 7. 1963, J. O. v. 3. 7. 63 = WuW 1964, 222; Art. 292 des niederl. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

66) Gerichtshof Amsterdam, BB 1960, 609; OLG München, NJW 1963, 1746 = WuW/E OLG 556 ff 558; Knopp, JZ 1961, 305 ff 311 r; vgl. Alexander aaO (63) 448

67) s. dazu eingehend Knopp aaO (66); Lagrange, S. E. W. 1962, 81 ff 100 f; Ehle, NJW 1963, 933

68) vgl. Schlieder, AWD 1963, 86/87, und Waelbroeck, J. T. 1963, 642

ob die Zivilgerichte materiell an das Negativattest gebunden sind ⁶⁹⁾.

Dabei handelt es sich um eine Frage der "Auslegung des Vertrages" und der "Auslegung der VO 17", einer Handlung des Rates als Gemeinschaftsorgan ⁷⁰⁾, dagegen wohl nicht um die "Auslegung des Negativattests", weil schon dessen Tenor keine Bindungswirkung statuiert und die letztere Auslegung lediglich den Willen der Kommission, nicht aber den allein maßgeblichen Willen des Gesetzes ermitteln könnte. Will ein nationales Zivilgericht von der ein Negativattest tragenden Auslegung des Art. 85 I oder 86 durch die Kommission abweichen, und kommt es im Rechtsstreit entscheidend auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nach diesen Vorschriften an ⁷¹⁾, so wird ferner in der Regel Anlaß bestehen, die dann offenbar nicht unproblematische sachliche Auslegungsfrage zu Art. 85 dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Dieser Weg würde den unerwünschten Widerspruch der Gründe des Negativattests und des Zivilurteils vermeiden. Auch wenn also das Gericht angesichts der überwiegenden Meinung der Literatur zur Frage der Bindungswirkung eines Negativattests (s. o. II 2 und I 2) die oben aufgeworfenen verfahrensrechtlichen Fragen selbständig verneint ⁷²⁾, oder falls diese Fragen vom EuGH bereits geklärt sind ⁷³⁾, besteht immer die Möglichkeit, materielle Auslegungsfragen zu den Art. 85, 86 gemäß Art. 177 vorzulegen. Allerdings kann das bei Erheblichkeit und Zweifelhafteit einer Auslegungsfrage nach Art. 177 III zur Vorlage "verpflichtete" letztinstanzliche Gericht nicht korrigiert werden, wenn es seine "Pflicht" verletzt. Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Sanktion wegen Verstoßes gegen Art. 177 III ⁷⁴⁾. Selbst wenn der EuGH auf Klage der Kommission (Art. 169 EWG-Vertrag) oder eines anderen Mitgliedstaats (Art. 170) feststellen würde, daß der letztinstanzliche Richter gegen Art. 177 III verstoßen hat, so böte doch Art. 171 EWG-Vertrag keine Grundlage für eine "Wiederaufnahme" des rechtskräftig abgeschlossenen innerstaatlichen Gerichtsverfahrens.

Was die Entscheidungserheblichkeit betrifft, so ist zu bedenken, daß Art. 177 I nur die Entscheidung über die "Auslegung" des Vertrages (a) und der VO 17 (b) zuläßt. Dieser Wortlaut steht im Gegensatz zur "Anwendung" der - zuvor notwendig "ausgelegten" - Rechtsnorm auf den Einzelfall. Daraus folgt, daß es grundsätzlich nicht Aufgabe des EuGH im Rahmen des Art. 177 ist, einen kon-

69) eine bejahende Entscheidung des EuGH halten Gleiss/Hirsch (Art. 2 VO 17 N. 4) für möglich.

70) zur "Gültigkeit": s. o. I 1

71) Wohlfarth, Art. 177 N. 4; Knopp aaO (66) S. 310 (VI. 1.)

72) vgl. Knopp aaO (66) S. 310 Nr. VI 2

73) vgl. jedoch oben zu FN 62

74) Lagrange aaO (67) S. 104

kreten Einzelfall endgültig zu entscheiden. Lagrange hat im Falle Bosch ausgeführt ⁷⁵⁾, daß er den Gerichtshof für unzuständig halte, die konkrete Frage zu beantworten, ob ein bestimmtes Exportverbot unter Art. 85 I d.V. falle. Der EuGH hat dieses Problem in seinem Urteil vom 6. 4. 1962 offengelassen, und lediglich festgestellt, es sei "nicht ausgeschlossen", daß ein Exportverbot unter Art. 85 I falle ⁷⁶⁾. Nach Knopp ⁷⁷⁾ soll es dagegen nicht nur zulässig sein, die Frage vorzulegen,

ob unter "Beeinträchtigung" des zwischenstaatlichen Handels jede oder nur eine qualifizierte Beeinflussung zu verstehen ist,

sondern zugleich auch die "Subsumtionsfrage",

ob eine konkrete Wettbewerbsbeschränkung den zu stellenden Anforderungen genügt und daher unter das Verbot des Art. 85 I EWG-Vertrag fällt.

Dieses für die Praxis zu den Art. 85 ff äußerst wichtige Problem muß letztlich vom EuGH entschieden werden.

c) Berücksichtigt man das tatsächliche Gewicht einer Entscheidung nach Art. 2 VO 17, so wird man mit Lagrange ⁷⁸⁾ das mit der Frage der Anwendung von Art. 85 I und 86 befaßte nationale Gericht für berechtigt halten müssen, das Verfahren auszusetzen, wenn es erfährt, daß die Kommission beschlossen hat, eines der in Art. 9 III VO 17 erwähnten Verfahren einzuleiten. M.E. läßt sich eine solche dem richterlichen Ermessen anheimgegebene Aussetzungsbefugnis aus Art. 2 VO 17 ableiten, weil das Negativattest zumindest für die Beweislage im Zivilprozeß erhebliche Bedeutung gewinnen kann. Abgesehen davon ließe sich die Aussetzung in der Bundesrepublik auf § 148 ZPO stützen ⁷⁹⁾. Danach kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits "ganz oder zum Teil" von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines "Rechtsverhältnisses" abhängt, das "von einer Verwaltungsbehörde festzustellen" ist, die Aussetzung der Verhandlung anordnen. Dabei brauchen die Subjekte des Rechtsverhältnisses nicht mit den Parteien des Rechtsstreits identisch zu sein ⁸⁰⁾. Es ist auch unnötig, daß die Entscheidung der Verwaltungsbehörde Rechtskraft für den auszusetzenden Prozeß schafft. Vielmehr genügt jeder rechtliche Einfluß, wenn auch nur sol-

75) RSpr. VIII 123 ff 133, 137

76) RSpr. VIII 97 ff 115

77) aaO (66) S. 309 Nr. V 1

78) aaO (75) S. 141

79) zur Lage in den anderen Mitgliedstaaten vgl. Mailänder S. 60 FN 49; Alexander aaO (63) 445

80) Baumbach/Lauterbach § 148 N. 1 A

cher als Beweisgrund ⁸¹⁾. Ist ein Verfahren nach Art. 2 VO 17 eingeleitet, so ist eine Feststellung der Kommission darüber zu erwarten, ob "für die Kommission Anlaß zum Einschreiten" besteht. Diese Feststellung stellt sich als bindende Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines kartellverwaltungsrechtlichen Verhältnisses zwischen Beteiligten und Kommission dar ⁸²⁾. Ein Negativattest ist auf Grund der überlegenen Erkenntnisquellen, die der Kommission bei Anwendung der Art. 85 ff zur Verfügung stehen, eine gewichtige Be-
weistatsache für die Vereinbarkeit des fraglichen Sachverhalts mit den Kartell-
verboten (s. o. a), wenn es die Gerichte auch im technischen Sinne nicht bindet. Somit bestehen gegen eine Aussetzung nach § 148 ZPO mit Rücksicht auf ein schwebendes Verfahren nach Art. 2 VO 17 keine Bedenken.

III. Materielle Bindungswirkung der Verpflichtungsentscheidung

1) Die Literatur hat sich bisher weniger mit der Bindungswirkung der Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 beschäftigt. Meist ist das Problem unter dem oben (I.) erörterten Gesichtspunkt der mittelbaren Bindung über Art. 9 III zusammen mit dem Negativattest behandelt worden ⁸³⁾.

So meint Schlieder ⁸⁴⁾, bei Auslegung des Art. 9 III VO 17 in dem Sinne, daß die Zivilgerichte keine "zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" sind ⁸⁵⁾, lasse sich nicht verhindern, daß vor oder nach dem Erlaß einer Verpflichtungsentscheidung die Zivilgerichte anders als die Kommission entscheiden, was aber wegen Art. 177 III des Vertrages letztinstanzlich nur mit Billigung des EuGH geschehen könne. Verstehe man dagegen unter "Behörden" auch die Zivilgerichte, so ergäben sich Schwierigkeiten hinsichtlich des Negativattests, dem nach der Fassung von Art. 2 VO 17 keine Bindungswirkungen zugeschrieben werden könnten.

Nach van Hecke/Suetens ⁸⁶⁾ muß eine Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 von den nationalen Behörden und Gerichten respektiert werden, weil der EWG-Ver-

81) Baumbach/Lauterbach aaO (80) unter Berufung auf Hellwig, System des Zivilprozesses, § 190 IV 1

82) s. o. § 8 I 3

83) vgl. z. B. Weyer, DB 1962, 296, 326; Obernolte, WRP 1962, 108/109; Gleiss/Hirsch, Art. 9 VO 17 N. 16

84) BB 1962, 310

85) - diese Auslegung wurde oben I vertreten

86) J. T. 1962, 361 ff 363 (Nr. 11)

trag Teil des nationalen Rechts eines jeden Mitgliedstaats sei. Demgegenüber hält Deringer ⁸⁷⁾ die Gerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten an die Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 für nicht gebunden, ohne allerdings diese These näher zu begründen.

Generalanwalt Lagrange hat schon im Falle Bosch ⁸⁸⁾ darauf hingewiesen, daß - im Gegensatz zu dem schon seinem Wortlaut nach nicht bindenden Negativattest - die Befugnis nach Art. 3 VO 17 eine echte konkurrierende Zuständigkeit mit sich bringt. Damit bestehe die Gefahr, daß innerstaatliche Gerichte und die Kommission oder der EuGH in Kartellsachen entgegengesetzt entscheiden. Wie bereits erwähnt ⁸⁹⁾ hält Lagrange eine Zuständigkeitssperre für die nationalen Gerichte infolge Einleitung eines Verfahrens nach Art. 3 gemäß Art. 9 III VO 17 für "sehr zu wünschen, aber doch recht zweifelhaft".

Bemerkenswert ist nun, daß nach Ansicht des Generalanwalts das innerstaatliche Gericht inhaltlich an die Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 gebunden sein soll; es werde

"der Entscheidung über eine Zuwiderhandlung, vor allem wenn sie Gegenstand eines Urteils des Gerichtshofs gewesen ist, zu folgen verpflichtet sein, und zwar rechtlich, wenn man solchen Entscheidungen materielle Rechtskraft zuerkennt, zumindest aber moralisch".

2) In der Tat gibt es mehrere Gesichtspunkte, die dafür sprechen, der Verpflichtungsentscheidung, anders als dem Negativattest, materielle Bindungswirkung auch gegenüber den Zivilgerichten zuzusprechen.

a) Der Wortlaut der Entscheidung enthält gemäß Art. 3 I VO 17 die eindeutige Feststellung ⁹⁰⁾,

daß eine "Zuwiderhandlung gegen Art. 85 oder 86 des Vertrages" vorliegt.

Gegenüber Art. 2 VO 17 fällt auf, daß nicht nur

"Anlaß zum Einschreiten auf Grund von Art. 85 I oder 86",

und nicht nur

"für die Kommission" ein Verstoß festgestellt wird.

87) Art. 3 VO 17 N. 8

88) RSpr. VIII 123 ff 140-142; ähnlich Alexander aaO (63) 438

89) oben FN 4

90) sie kann in den Gründen oder im Tenor getroffen werden - EuGH v. 13. 7. 1966 in Sachen 56 und 58/64 (Grundig/Consten), WuW/E EWG/MUV 125 ff 128

Nicht so schwer fällt es dagegen ins Gewicht, daß die Beschränkung des Ausspruchs auf "die der Kommission bekannten Tatsachen" fehlt, weil die Beteiligten im Verfahren nach Art. 3 VO 17 die ihnen günstigen⁹¹⁾ Tatsachen vortragen werden und bei der hier erörterten Problematik stets vorausgesetzt wird, daß die der Kommission bekannten Tatsachen auch dem Zivilgericht vorgetragen sind.

b) Während das Negativattest keinen Vorgänger und keine ausdrückliche Grundlage im EWG-Vertrag hat, ist die Regelung des Art. 3 VO 17 in wesentlichen Teilen bereits in Art. 89 EWG-Vertrag enthalten⁹²⁾. Gemäß Art. 89 II konnte die Kommission schon vor Inkrafttreten der VO 17 in förmlicher Entscheidung feststellen, daß

"eine Zuwiderhandlung gegen die in den Art. 85 und 86 niedergelegten Grundsätze vorliegt".

Der EuGH hat im Bosch-Urteil⁹³⁾ dazu entschieden:

Bis zum Inkrafttreten der in Art. 87 vorgesehenen Verordnung sei die Rechtsfolge des Art. 85 II u. a. für diejenigen Vereinbarungen und Beschlüsse eingetreten, "bezüglich deren die Kommission durch eine Entscheidung gem. Art. 89 II d. V. festgestellt hat, daß sie dem Art. 85 widersprechen". Dabei betont der EuGH besonders, daß nach dem Wortlaut des Art. 85 II, der von den "nach diesem Artikel verbotenen" Vereinbarungen und Beschlüssen spricht, der erste und dritte Absatz des Artikel 85 als ein "unteilbares Ganzes" erscheine.

Diesem Urteil ist m. E. zu entnehmen, daß (nach Ansicht des EuGH) eine Entscheidung nach Art. 89 II EWG-Vertrag Gestaltungswirkung hatte, indem sie - ex nunc - die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts nach sich zog⁹⁴⁾. Die rechtsgestaltenden Wirkungen eines formell rechtskräftigen Verwaltungsaktes aber sind auch für die Zivilgerichte bindend, es sei denn, das Gericht hält den Verwaltungsakt für nichtig⁹⁵⁾.

Art. 3 VO 17 unterscheidet sich von Art. 89 II d. V. allerdings darin, daß die Verpflichtungsentscheidung keine konstitutive Verbotsentscheidung i. S. der "Ermächtigungstheorie"⁹⁶⁾ darstellt, da die Verbote gem. Art. 1 VO 17 ohnehin

91) - nicht aber im Verfahren nach Art. 2 die ihnen ungünstigen -

92) s. dazu oben § 5 II 2 und § 7 I B 4

93) RSpr. VIII 113 sowie Nr. 1 des Tenors, S. 116/17 - s. o. § 3 II 2

94) a. M. anscheinend Everling (Art. 89 N. 4): die Entscheidung binde zwar die Mitgliedstaaten und Unternehmen; Rechtsfolgen ergäben sich aber nicht unmittelbar aus ihr.

95) vgl. z. B. Stein/Jonas/Schönke/Pohle, N. II C 4 vor § 1 ZPO; Forsthoff S. 93

96) s. o. §§ 2, 3 II 2

unmittelbar wirken; rechtlich handelt es sich nur um eine "Bestätigung der Verbotswirkung für den Einzelfall" 97). Soweit die von der Entscheidung erfaßte Absprache gem. Art. 4 I oder 5 I VO 17 angemeldet war oder unter Art. 4 II/5 II VO 17 fällt 98), enthält die Verpflichtungsentscheidung auch eine Ablehnung der Freistellung nach Art. 85 III; denn es wird ein Verstoß "gegen Art. 85", nicht nur gegen Art. 85 I festgestellt. Mit Rücksicht auf Art. 9 I VO 17 ist in diesen Fällen die Ablehnung der Freistellung rechtsgestaltend, für das Zivilgericht also bindend 99). Ob gegen das Verbot des Art. 85 I aber überhaupt verstoßen ist, wird auch dann nur deklaratorisch festgestellt (Art. 1 VO 17).

Es bleibt somit die Frage, ob die Feststellungswirkung einer Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 die Zivilgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in der Weise zu binden vermag, daß die Gerichte in Prozessen zwischen den an dem Verstoß Beteiligten sowie zwischen diesen und Antragstellern i. S. d. Art. 3 II b VO 17 oder sonstigen Dritten von der Nichtigkeit (Art. 85 II) der abzustellenden Absprache ausgehen müssen. Dagegen sprechen - mit Ausnahme der spezifischen Fassung des Art. 2 VO 17 (s. o. II) - alle die Gründe, die oben unter I gegen eine Beschränkung der Rechtsprechungsgewalt der nationalen Gerichte angeführt worden sind, insbesondere der Grundsatz der zurückhaltenden Auslegung von Bestimmungen, die möglicherweise eine Einschränkung der einzelstaatlichen Souveränität vorsehen, sowie der Grundsatz der Gewaltentrennung.

c) Man könnte ferner gegen eine Bindungswirkung einwenden, auch nach seinem Sinn und Zweck sei Art. 3 VO 17 auf rein verwaltungsrechtliche Druck- und Zwangsmaßnahmen beschränkt, so wie das Negativattest nach Art. 2 VO 17 nur die verwaltungsrechtliche Beziehung der Beteiligten zur Kommission im Auge habe.

Dem stehen aber folgende Erwägungen entgegen: Die Nichtigkeitsfolge des Art. 85 II, d. h. die Verweigerung des Rechtsschutzes aus verbotenen Absprachen dient ebenfalls der praktischen Durchsetzung des EWG-Kartellrechts. Die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen greifen in die Rechtssphäre der beteiligten Unternehmen schwerer ein, als die unmittelbar wirkende Nichtigkeit, die möglicherweise gar nicht aktuell wird, weil es zu keinem Rechtsstreit mit den Beteiligten kommt 100).

97) Schlieder, BB 1962, 308

98) so daß eine Erklärung nach Art. 85 III von Amts wegen erteilt werden könnte - s. dazu oben § 3 II. 3 FN 15

99) so auch Mailänder S. 64, 66, entsprechend seiner oben II 3 dargestellten Grundauffassung

100) Erfahrungsgemäß werden zumindest Prozesse zwischen den Beteiligten gescheut und häufig allenfalls schiedsgerichtlich ausgetragen.

Da die Kommission außerdem nicht nach dem Legalitätsprinzip gegen jeden Verstoß einschreiten muß, erschien es sinnvoll, dem Negativattest nur verwaltungsrechtliche Wirkungen zuzusprechen und die zivilrechtliche Seite der selbständigen gerichtlichen Würdigung zu überlassen. Die Beteiligten können aus dem Tenor des Attests erkennen, daß ihr Verhalten nur "für die Kommission" unbedenklich erscheint. In der Entscheidungsformel nach Art. 2 kommt mithin kein eindeutiger Bindungswille der Kommission zum Ausdruck. Daher ist es kein eigentlicher Widerspruch, wenn ein nationales Zivilgericht in seinem Urteil die vom Negativattest erfaßte Absprache als nach Art. 85 II d. V. nichtig behandelt. Auf die unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze nach der VO 17 einerseits und im Zivilprozeß andererseits ist bereits hingewiesen worden. Der Widerspruch zwischen Zivilurteil und Negativattest liegt daher höchstens in den Gründen, die jedoch nicht in Rechtskraft erwachsen.

Anderst ist die Lage, falls vor dem Erlaß des Urteils eine formell rechtskräftige Entscheidung nach Art. 3 I VO 17 ergangen ist. Hier lautet der Tenor ¹⁰¹⁾ nämlich nicht nur:

1. "Die Absprache X verstößt gegen Artikel 85 EWG-Vertrag", sondern außerdem
2. "Die beteiligten Unternehmen werden verpflichtet, die Absprache X abzustellen" (d. h.; außer Kraft zu setzen ¹⁰²⁾, aufzuheben, nicht zu befolgen, rückgängig zu machen usw.).

Der maßgebende Ausspruch erschöpft sich also nicht in einer Feststellung; er gebietet ein bestimmtes Verhalten. Das Gebot hat nach dem Wortlaut des Art. 3 I VO 17 und im Hinblick auf Art. 1 VO 17 zwar keine Gestaltungswirkung ¹⁰³⁾; denn seine Einhaltung muß u. U. erst gem. Art. 16 I a VO 17 erzwungen werden, und die Kommission kann streng genommen nach Art. 85 II nichtige Geschäfte nicht "aufheben". In dem Verpflichtungsausspruch liegt aber andererseits mehr als eine bloße Feststellung: An den Verstoß wird durch besonderen Hoheitsakt ein bestimmter, erzwingbarer Handlungs- oder Unterlassungsbefehl geknüpft, nämlich: die Absprache X abzustellen. Widerstreiten sich aber konkrete hoheitliche Befehle, so geraten ihre Empfänger notwendig in Konflikte, und die Autorität der Behörden leidet Schaden. Diese Möglichkeit ist geringer, wenn

101) s. o. FN 90

102) vgl. z. B. die Faience-Empfehlung der Kommission v. 24. 7. 1963, WuW/E EV 60 ff 67, V., sowie den Fall Grundig/Consten, WuW/E EV 95 ff 104

103) abgesehen von dem oben b. erörterten Fall, in dem die Kommission zugleich (und schon wegen Art. 9 I VO 17 bindend) eine Freistellung nach Art. 85 III d. V. ablehnt - vgl. Art. 2 der Grundig-Entscheidung, aaO (102) S. 104

die Verwaltungsbehörde eine bloße Feststellung trifft, zu der im ungünstigsten Falle der entgegengesetzte Tenor eines Feststellungsurteils, im übrigen aber nur die Urteilsgründe im Widerspruch stehen können, eine Folge, die zudem durch die beschränkte Aussage des Negativtests weitgehend vermieden wird (s. o. II.). Der Widerspruch zwischen Kommissionsentscheidung und Zivilurteil wäre aber offenkundig und unerträglich, dürfte das Gericht das einer Verpflichtung nach Art. 3 I VO 17 entgegengesetzte Verhalten für rechtens erklären und den Beteiligten einen Titel zusprechen, mit den sie die abzustellende Absprache durchführen und im nationalen Vollstreckungsverfahren erzwingen könnten. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen:

Die Kommission stellt auf Antrag eines Mitgliedstaats, einer geschädigten Zulieferfirma oder von Amts wegen fest, daß ein Spezialisierungs- und Produktionsquotenkartell der europäischen Autohersteller, das durch eine Vertragsstrafenklausel gesichert ist, gegen Art. 85 I verstößt. Die Beteiligten werden verpflichtet, die Absprache teilweise aufzuheben, darunter auch die Quotenabrede und die Vertragsstrafenklausel. Nach Verstreichen der Klagefrist des Art. 173 III wird ein Kartellmitglied, das nun mehr als seine Kartellquote produziert und exportiert, auf Zahlung der Vertragsstrafe verklagt. Gibt das nationale Zivilgericht der Klage statt, so sanktioniert es eine Maßnahme, die nach der Verpflichtungsentscheidung gerade zu unterlassen war ¹⁰⁴).

Noch unerträglicher wäre ein Widerspruch zwischen einem die Verpflichtungsentscheidung bestätigenden Urteil des EuGH und einem das nach Art. 3 VO 17 abzustellende Verhalten sanktionierenden Zivilurteil ¹⁰⁵). Da die nach Art. 3 I VO 17 verpflichteten Unternehmen stets gegen die Entscheidung nach Art. 173 EWG-Vertrag klagen können ¹⁰⁶), muß einer nach Art. 173 III EWG-Vertrag nicht mehr anfechtbaren Verpflichtungsentscheidung aber grundsätzlich die gleiche Autorität wie einem Urteil des EuGH zukommen.

d) Grundlage und Umfang der Bindung

Da die nationalen Gerichte auch nach Einleitung eines Verfahrens nach Art. 3 VO 17 zuständig bleiben, Art. 85 I, 86 anzuwenden (s. o. I.), sind sie nur an

104) Selbstverständlich wird immer unterstellt, daß die der Kommission und dem Gericht vorliegenden Sachverhalte im wesentlichen übereinstimmen, so daß die verschiedenen Verfahrensmaximen außer acht bleiben können.

105) vgl. Lagrange aaO (88)

106) s. u. § 11 II. 1

im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung formell "rechtskräftige", d. h. unanfechtbare Entscheidungen materiell gebunden. Die Bindung beruht auf den durch die nationalen Zustimmungsgesetze dem innerstaatlichen Recht eingegliederten Artikeln 87, 89, 173, 189 IV, sowie auf Art. 189 II EWG-Vertrag i. V. m. Art. 3 I VO 17. Ist die Verpflichtung zur Absteilung einer bestimmten Handlung für die beteiligten Unternehmen verbindlich (Art. 189 IV, 173) so kann durch Zivilurteil, dessen Tenor sich an dieselben Unternehmen wendet, diese bestimmte Handlung nicht befohlen, die Durchführung der Zuwiderhandlung nicht gebilligt werden. Der - über Art. 16 I a VO 17 vollstreckbare - Handlungs- oder Unterlassungsbefehl nach Art. 3 I schafft für die Adressaten Recht; seine Gestaltungswirkung haben auch die Zivilgerichte zu beachten ("Tatbestandswirkung" des Verwaltungsakts). In diesem Sinne sind wohl auch van Hecke/Suetsens¹⁰⁷⁾ zu verstehen. Aus all dem folgt aber zugleich, daß die Bindung auf den Tenor der Entscheidung nach Art. 3 I, auf die darin ausgesprochene Verpflichtung beschränkt ist¹⁰⁸⁾. Die in den Gründen angestellten Erwägungen über die Rechtslage nach Art. 85 und 86 binden nur insoweit, als sie ihren Niederschlag in einem Verpflichtungsausspruch gefunden haben. Jedenfalls seit Inkrafttreten der VO 17¹⁰⁹⁾ ist ein auch für die Gerichte beachtlicher Bindungswille nur der Verpflichtung, nicht der bloßen (positiven) Feststellung zu entnehmen, die - wie gezeigt -¹¹⁰⁾ nicht einmal in einer besonderen Entscheidung zu treffen ist. Hält sich das Gericht nicht an die Bindung, so ist dies eine im nationalen Rechtsmittelverfahren zu rügende Gesetzesverletzung (vgl. z. B. §§ 549, 550 ZPO).

Aus jener Begrenzung der Bindung folgt, daß die Kommission im Tenor der Verpflichtungsentscheidung genau den "abzustellenden Verstoß" bezeichnen muß. Nur solche Klauseln einer Vereinbarung, die den Wettbewerb beschränken und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, dürfen untersagt werden. Somit ist es nicht Aufgabe der Kommission, darüber zu befinden, ob die Nichtigkeit einzelner Klauseln die Nichtigkeit der Gesamtvereinbarung nach sich zieht. Diese Frage ist nicht nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilen, sondern von den nationalen Gerichten nach dem jeweils anwendbaren bürgerlichen Recht (z. B. § 139 BGB) zu lösen¹¹¹⁾. Die Gerichte entscheiden weiterhin allein, ob das

107) oben FN 86

108) vgl. Forsthoff § 6 Nr. 1 (S. 93)

109) zur Lage nach Art. 89 II auf Grund der "Ermächtigungstheorie" vgl. das Bosch-Urteil aaO (FN 93)

110) s. o. § 7 I B 4; s. aber oben FN 90

111) EuGH v. 30. 6. 1966, Rechtssache 56/65 (Maschinenbau Ulm), WuW/E EWG/MUV 117 ff 123/124, gegen die Ansicht der Kommission, ebenda S. 120/121

gemäß Art. 3 I VO 17 abzustellende (etwa i. S. d. Art. 86 c diskriminierende) Verhalten zum Schadensersatz verpflichtet (z. B. nach § 823 BGB).

Daher durfte die Kommission in Art. 1 der Grundig/Consten - Entscheidung vom 23.9.1964 ¹¹²⁾ nicht insgesamt feststellen:

"Die Alleinvertriebsvereinbarung vom 1. April 1957 und die Vereinbarung über die Eintragung und Benutzung des Warenzeichens GINT zwischen der Grundig-Verkaufs GmbH und den Ets. Consten S. A. R. L. stellen eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag dar. "

In Art. 3 dieser Entscheidung verpflichtete sie die Beteiligten nämlich lediglich, "jede Handlung zu unterlassen, die Drittunternehmen daran hindert oder es ihnen erschwert, Vertragserzeugnisse nach ihrer freien Wahl von Groß- oder Einzelhändlern in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum Zwecke der Weiterveräußerung im Vertragsgebiet zu beziehen. "

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 13.7.1966 ¹¹³⁾ eine Begründung dafür vermisst, weshalb es der Kommission erforderlich erschien, die Vereinbarung in ihrer Gesamtheit zu verbieten. Nach seiner Ansicht mußte sie "entweder sich im Tenor der angefochtenen Entscheidung darauf beschränken, die Zuwiderhandlung nur für diejenigen Teile der Vereinbarung festzustellen, die unter das Verbot fallen, oder in der Begründung angeben, weshalb sich diese Teile nach ihrer Auffassung nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen". Art. 1 der Kommissionsentscheidung wurde daher aufgehoben, "soweit er ohne zureichenden Grund die Nichtigkeit des Art. 85 II auf alle Teile der Vereinbarung ausdehnt. "

Indem der EuGH die Kommission für befugt hält, "die Nichtigkeit auszudehnen", d. h. wohl auch: "herbeizuführen", scheint er davon auszugehen, daß die Abstellungsentscheidung rechtsgestaltend wirkt. Gleichzeitig hält er es - entgegen der Bundesregierung - für zulässig, die Feststellung der Zuwiderhandlung auch im Tenor zu treffen ¹¹⁴⁾. Nach dem oben Gesagten wäre ein Zivilgericht jedoch an eine über den Verpflichtungsausspruch hinausgehende Feststellung der Nichtigkeit nicht gebunden. Damit wird eine besondere Feststellung meist überflüssig sein. Die Bindung des Zivilgerichts mit Rücksicht auf den für die Beteiligten verbindlichen Verwaltungsakt der Kommission läßt sich nur begründen, soweit der Verpflichtungsausspruch dem zivilprozessualen Begehren widerspricht,

112) WuW/E EV 95 ff 104

113) Rechtssachen 56 und 58/64 WuW/E EWG/MUV 125 ff 132 ("Zum Umfang des Verbots")

114) aaO (113) S. 128 ("Zur Feststellung der Zuwiderhandlung im Tenor der Entscheidung")

soweit also das erstrebte Urteil die Möglichkeit bieten würde, den gemäß Art. 3 I, 16 VO 17 abzustellenden Verstoß durchzusetzen oder aufrechtzuerhalten.

§ 11

RECHTSSCHUTZ GEGEN AKTE NACH ART. 2 UND 3 VO 17

Nachdem die Tragweite der Entscheidungen nach Art. 2 und 3 VO 17 erörtert worden ist, kann abschließend untersucht werden, inwieweit gegen sie der Rechtsweg zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg offensteht.

Die Präambel zur VO 17 enthält folgende grundsätzliche Erwägung des Ministerrats:

"Alle Entscheidungen, welche die Kommission in Anwendung dieser Verordnung erläßt, unterliegen unter den im Vertrag bestimmten Voraussetzungen der Überwachung durch den Gerichtshof".

Damit ist kein zusätzlicher Rechtsweg geschaffen worden. Abgesehen davon, daß die Erwägung lediglich in der Präambel steht, wird ausdrücklich nur auf die "im Vertrag bestimmten Voraussetzungen" der Zulässigkeit von Rechtsbehelfen verwiesen. Immerhin geht aus der amtlichen Erwägung hervor, daß der Rat immer dann, wenn er den Begriff "Entscheidung" in der VO 17 gebrauchte, an Entscheidungen im technischen Sinne gedacht hat (Art. 189 IV, 173 II d. V.), mit allen rechtlichen Konsequenzen, die der EWG-Vertrag insbesondere für die Frage des Rechtsschutzes daran knüpft.

Als Gründe für eine Nichtigkeitsklage nennt Art. 173 EWG-Vertrag:

1. Unzuständigkeit,
2. Verletzung wesentlicher Formvorschriften,
3. Verletzung des EWG-Vertrages oder
4. einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm, sowie
5. Ermessensmißbrauch.

Nach Art. 175 EWG-Vertrag kann die Feststellung begehrt werden, daß es die Kommission unter "Verletzung des Vertrages" unterlassen hat, einen Beschluß zu fassen.

Die Förmlichkeiten der Klageerhebung sind in den Art. 17-19 der Satzung und den Art. 37-44 der Verfahrensordnung des EuGH geregelt.

I. Akte nach Art. 2 VO 17

1) Die Erteilung eines Negativattests wird in den Art. 10 III, 19, I und 21 I VO 17 eindeutig als "Entscheidung" bezeichnet. Die Rechtsnatur ist näher in § 8 I. dieser Arbeit untersucht worden, wo u. a. festgestellt wurde, daß ein Negativattest als Entscheidung i. S. d. Art. 173 II EWG-Vertrag anzusehen ist.

a) Nach Art. 173 II kann jede natürliche oder juristische Person gegen diejenigen an andere Personen gerichteten Entscheidungen Klage erheben, die sie "unmittelbar und individuell betreffen". Dabei ist "individuell" eine Person stets dann betroffen, wenn sie nicht nur als Angehörige einer Kategorie in ihren Interessen berührt ist ¹⁾. So ist gegen Entscheidungen der Hohen Behörde nach Art. 65 § 4 EGKS-Vertrag eine Klage zulässig, wenn die Entscheidung den Interessenbereich des Klägers unmittelbar berührt, insbesondere, wenn die Entscheidung im Rahmen eines zwischen dem Kläger und einer anderen Partei vor einem nationalen Gericht schwebenden Rechtsstreits ergangen ist und auf dessen Ausgang Einfluß haben kann ²⁾. Entsprechendes muß für die Freistellungserklärung nach Art. 85 III EWG-Vertrag gelten, die nach Art. 9 I VO 17 auch für die Zivilgerichte bindend ist ³⁾.

Es fragt sich allerdings, ob angesichts der eingeschränkten Tragweite des Negativattests diese Entscheidung Dritte überhaupt "betreffen", d. h. in ihre Rechtssphäre einwirken kann. Zwar sind die Kommission und - mittelbar - die nationalen Kartellbehörden an ein Negativattest insofern gebunden, als verwaltungsrechtlich gegen den bekannten Sachverhalt auf Grund der Art. 85 I oder 86 nicht mehr eingeschritten werden kann (s. o. §§ 8 II. und 9). In Zivilprozessen sind die nationalen Gerichte jedoch nicht an die in einem Negativattest zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung der Kommission gebunden, wenn das Attest auch einen gewichtigen Beweiswert hat (s. o. § 10 I u. II).

Andererseits scheint die VO 17 vorauszusetzen, daß Dritte durch ein Negativattest beschwert sein können, wenn sie in Art. 19 III die obligatorische Veröffentlichung mit der "Aufforderung an alle betroffenen Dritte, ... Bemerkungen mitzuteilen", vorsieht. Diesem Argument ist jedoch entgegenzuhalten, daß Art. 19 III die von der im Antrag bezeichneten Absprache Betroffenen, also nicht notwendig die von dem Negativattest Betroffenen, meinen kann. Wer von einer Absprache

1) s. z. B. EuGH i. S. 18/57, RSpr. V 93 und i. S. 25/62, NJW 1963 2246; Wohlfarth, Art. 173 N. 4; Ehle, NJW 1963, 2195

2) EuGH v. 4. 2. 1959 i. S. 1/58 (Storck ./ . Hohe Behörde), RSpr. V 47 ff, Leitsätze 1 - 4

3) s. z. B. Schlochauer, JZ 1963, 105 ff 107 r.

betroffen ist, ist aber nur dann - zusätzlich - von einem Negativattest betroffen, falls dieses die Wahrung seiner Interessen erheblich erschwert. Art. 19 III VO 17 spricht daher nicht unbedingt für ein entsprechendes Klagerecht der betroffenen Dritten gegen ein Negativattest. Die Vorschrift soll aus prozeßökonomischen Gründen nur sicherstellen, daß die von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Kreise ihre Bedenken möglichst schon im Verfahren nach Art. 2 VO 17 vorbringen, so daß es keines besonderen Verfahrens nach Art. 3 mehr bedarf und spätere gerichtliche Verfahren erspart werden. Wie oben ⁴⁾ dargelegt, sind die Dritten zur Mitteilung ihrer Bemerkungen nicht verpflichtet.

Gegen ein Klagerecht betroffener Dritter könnte es vor allem sprechen, daß diesen Personen in Art. 3 II b VO 17 ein förmliches Antragsrecht eingeräumt wurde, um ihnen die prozessuale Durchsetzung ihrer von Art. 85 I und 86 EWG-Vertrag geschützten Interessen zu ermöglichen ⁵⁾. Aus diesem Umstand könnte geschlossen werden, daß sich Dritte nur durch eine förmliche Beschwerde in ein nach Art. 2 VO 17 eingeleitetes Verfahren als Verfahrensbeteiligte einschalten können. Ein betroffener Dritter, der nicht diesen Weg geht, sondern lediglich im Rahmen des Art. 19 III Gegenvorstellung erhebt, müßte sich nach Erlaß des Negativattests vorhalten lassen, daß wegen des von dem Negativattest umfaßten Sachverhalts jedes Einschreiten, insbesondere also auch eine Verpflichtungsentcheidung unzulässig sei. Dies würde bedeuten, daß der Betroffene vor Eintritt der Unanfechtbarkeit des Negativattests seinen Antrag nach Art. 3 II b stellen müßte, um nicht mit seinen Klagegründen gegen den bekannten Sachverhalt ausgeschlossen zu werden. Diese Lösung ist m.E. abzulehnen. Einmal würde ein innerhalb zweier Monate nach Veröffentlichung des Negativattests (Art. 21 VO 17) gestellter Antrag den Lauf der Klagefrist des Art. 173 III nicht hemmen oder unterbrechen und damit die formelle Rechtskraft des Negativattests nicht hindern. Nach Unanfechtbarkeit des Negativattests aber wäre eine Entscheidung nach Art. 3 VO 17 als "Einschreiten" unzulässig. Außerdem wäre es unzumutbar, wegen des - wie unterstellt wird - im wesentlichen übereinstimmenden Sachverhalts noch ein zweites Verwaltungsverfahren einzuleiten und durchzuführen, obwohl die Kommission und der Beratende Ausschuß bereits im Verfahren nach Art. 2 damit befaßt waren. Betroffene Dritte müssen daher gegen ein Negativattest nach Art. 173 II klagen können ⁶⁾, um zu verhindern, daß die

4) § 6 I, D. 4 d

5) vgl. die oben § 5 II dargestellte Vorgeschichte sowie neuerdings eingehend Steindorff, AWD 1963, 353 ff

6) so Deringer, Art. 2 VO 17 N. 14; Le Tarnec, Gaz. Pal. 1962, Doctr., 44 ff 46 (IV); Ryziger, Gaz. Pal. 1964, Doctr., 95 ff 99; zweifelnd Schlochauer, aaO (3) S. 109 I.

Abstellung des dem Negativattest zu Grunde liegenden Sachverhalts gem. Art. 3, 16 VO 17 mit Eintritt der Unanfechtbarkeit des Negativattests unzulässig wird. Auch ist es zweckmäßig, wenn auf diesem Wege fragliche Sachverhalte möglichst schnell der Prüfung durch den EuGH zugeführt und überflüssige Verwaltungsverfahren erspart werden.

Die zusätzliche Beschwerde durch das Negativattest, die der von einer Absprache in seinen Interessen betroffene Kläger darlegen muß, liegt somit darin, daß sein Antrag nach Art. 3 II b VO 17 als unzulässig zurückgewiesen werden müßte, wenn das Negativattest unanfechtbar würde. "Unmittelbar und individuell betroffen" ist der Kläger mithin in seinem formellen Recht, nach Art. 3 VO 17 die Abstellung der ihn materiell beschwerenden Absprache durchzusetzen. Da Art. 173 II EWG-Vertrag nicht zwischen materiellen und formellen Interessen unterscheidet, reicht dies zur Klagebefugnis aus. Fraglich kann allenfalls sein, ob der Kläger schon dann betroffen ist, wenn er "ein berechtigtes Interesse darlegt" (Art. 3 II b), oder erst dann, wenn der Verstoß selbst vorgetragen ist. M.E. genügt die Darlegung eines berechtigten Interesses an der Abstellung des vom Negativattest umfaßten Verhaltens. Da das Attest die Kommission nur hindert, gegen die ihr bei Erteilung bekannten Tatsachen einzuschreiten, muß der Kläger gerade durch diese "bekannten Tatsachen" beschwert sein, so daß er nur sein besonderes Interesse an der Abstellung des bekannten Sachverhalts darlegen muß.

Trägt er dagegen als Klagebegründung wesentlich andere, also unbekannte Tatsachen i. S. d. Art. 2 vor, so ist das Negativattest schon seinem Tenor nach nicht bindend, ein Antrag nach Art. 3 II b VO 17 jedenfalls nicht wegen des Attests unzulässig und der Kläger folglich nicht beschwert; in diesen Fällen ist die Klage als unzulässig abzuweisen.

Genügt es somit, wenn der Kläger sein berechtigtes Interesse an einem Verfahren nach Art. 3 VO 17 gegen den einem Negativattest zugrunde liegenden Sachverhalt darlegt, so gehört es zur Begründetheit der Klage, ob tatsächlich ein Verstoß vorliegt, ob das Negativattest also auf einer Verletzung der Art. 85 I oder 86 beruht. Als Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften kann er ferner rügen, daß gegen Art. 19, insbesondere Abs. III verstoßen sei.

Wendet sich der Kläger gegen ein aus Opportunitätsgründen erteiltes Negativattest, mit dem nur das öffentliche Interesse am Einschreiten verneint wird ⁷⁾, so ist die Klage mangels förmlicher Bindung der Kommission gegenüber Anträgen nach Art. 3 II VO 17 ⁸⁾ ebenfalls unzulässig. Der Kläger kann sich nämlich

7) s.o. § 6 II C 3 e, 4

8) s.o. § 6 II C 3e/4

§ 6 II D 1

§ 7 II C 3

§ 8 II C 1a

jederzeit gegen den nach Ansicht der Kommission leichten Verstoß beschweren. Sein Antrag nach Art. 3 II b VO 17 ist zulässig, wenn es ihm gelingt, gegenüber den Gründen der Kommission, die sie zur Verneinung des öffentlichen Interesses bewogen haben, ein berechtigtes *privates* Interesse darzulegen. Sein formelles Antragsrecht, das stets von der Darlegung eines berechtigten Interesses abhängig ist, wird ihm also durch ein Bagatellfallattest nicht genommen⁹⁾. Daher ist er durch ein solches Attest auch nicht beschwert, so daß kein Bedürfnis besteht, seine Klage zuzulassen. Anders ist die Lage, wenn er sein *privates* Interesse schon bei der Anhörung (Art. 19 III VO 17) dargelegt hatte. Dann gehört sein Interesse zu den "bekannten Tatsachen". Er muß daher berechtigt sein, gegen die Ablehnung des Einschreitens zu klagen und z.B. geltend zu machen, in der Verneinung des öffentlichen Interesses liege ein Ermessensmißbrauch. Wie bereits ausgeführt, kann der Kläger nicht auf den Weg des Art. 3 II b VO 17 verwiesen werden.

Da Mitbewerber der i. S. d. Art. 2 VO 17 beteiligten Unternehmen nach all dem die Möglichkeit haben, als Betroffene auf Nichtigkeit des Negativattests zu klagen, bedarf es keiner erweiternden Auslegung des Art. 175 II EWG-Vertrag, um etwa eine Untätigkeitsklage gegen das Attest (als "Zusage des Nichteinschreitens") zuzulassen. In diesem Sinne ist wohl ein Vorschlag von Schlochauer¹⁰⁾ zu verstehen, der allerdings auch auf die Schwierigkeit hinweist, "daß nach dem EWG-Vertrag Gegenstand der Untätigkeitsklage ein Akt sein muß, der an den Kläger zu richten ist, das begehrte Einschreiten sich aber an den Empfänger des Negativattests wendet"¹¹⁾. Dabei könne an eine Auslegung des Art. 175 in dem Sinne gedacht werden, daß Art. 175 III "alle Akte umfaßt, die den Kläger unmittelbar und individuell betreffen". M.E. besteht dafür nach der oben vertretenen Ansicht kein Bedürfnis mehr. Will der Mitbewerber das Einschreiten erzwingen, so muß er regelmäßig den durch ein Klagerecht gesicherten Weg des Art. 3 II b VO 17 gehen. Da er diese prozessuale Möglichkeit durch ein echtes Negativattest verlieren würde, ist oben angenommen worden, daß ihm gegen das Attest die Nichtigkeitsklage offensteht.

b) Nach Art. 173 I EWG-Vertrag können der Rat oder ein Mitgliedstaat gegen die Kommission klagen, ohne daß eine Beschwerde darzulegen ist; dies ist wegen der Überwachungsfunktion des Gerichtshofs (Art. 164, 173 I 1) gerechtfertigt.

9) vgl. oben § 7 II C 3

10) JZ 1963, 109

11) s. dazu bereits oben § 7 I B 5a

Diese Kläger brauchen folglich nur vorzutragen, daß ein Negativattest unter Verletzung wesentlicher Formvorschriften, des Vertrages oder einer Durchführungsverordnung oder ermessensmißbräuchlich erteilt worden sei (Art. 173 I 2). Macht ein Mitgliedstaat von seinem Klagerecht nach Art. 173 I keinen Gebrauch, so ist der dem Negativattest zu Grunde liegende Sachverhalt für einen Antrag nach Art. 3 II a VO 17 verbraucht. Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Staat neue, der Kommission bei Erteilung des Attests unbekannte Tatsachen vorträgt. Dies folgt aus dem Umstand, daß der Staat gem. Art. 10 VO 17 in das Verfahren nach Art. 2 VO 17 eingeschaltet war. Diese oben ¹²⁾ entwickelte Ansicht entspricht, insbesondere unter Berücksichtigung des Gedankens der Rechtssicherheit, dem unbeschränkten Klagerecht gegenüber jedem Negativattest. Der Mitgliedstaat ist gehalten, seine Bedenken gegen einen Antrag nach Art. 2 VO 17 schon im Verwaltungsverfahren geltend zu machen. Versäumt er dies oder wird er damit nicht gehört, und erhebt er keine Klage gegen das Negativattest, so wird dieses "rechtskräftig". Dieses Ergebnis darf, soll das Negativattest nicht völlig wertlos sein, nicht auf dem Umwege über ein unbeschränktes Antragsrecht gem. Art. 3 II a VO 17 geändert werden.

c) Ist die Nichtigkeitsklage gegen ein Negativattest begründet, so erklärt der Gerichtshof die Entscheidung für nichtig (Art. 174 I EWG-Vertrag). In diesem Zusammenhang hat Schlochauer ¹³⁾ die Frage aufgeworfen, ob das Attest der Nichtigkeit anheimfällt, "obwohl es für die Zeit seines Bestehens eine Vertrauensgrundlage ... schafft, so daß mangels Verschulden insoweit weder Zwangsmaßnahmen oder Geldbußen verhängt werden dürfen noch ein Schadensersatzanspruch entstehen könnte".

M.E. ist die Vertrauensgrundlage im Hinblick auf Art. 15 VO 17 vom Zeitpunkt der Klagezustellung an erschüttert, wenn auch Klagen beim EuGH keine aufschiebende Wirkung haben (Art. 185 d. V.). Die Verpflichtungsentscheidung wird in der Regel nur auf das Verhalten ex nunc erstreckt. Gem. Art. 176 d. V. hat die Kommission nach Nichtigterklärung eines Negativattests "die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergebende Maßnahme zu ergreifen". Aus dem Urteil wird sich regelmäßig das Einschreiten ergeben. In welcher Form die Kommission einschreitet, entscheidet sie nach pflichtgemäßem Ermessen. Werden ihr neue, entlastende Tatsachen bekannt, so kann sie erneut ein Negativattest erteilen, und sei es in der Form, daß lediglich das öffentliche Interesse am Einschreiten wegen Geringfügigkeit verneint wird.

12) § 7 II C 4

13) aaO (10)

2) Die ausdrückliche Versagung des Negativattests, d.h. die Ablehnung des Antrags nach Art. 2 VO 17 als unbegründet, ist ebenfalls "Entscheidung" i. S.d. Art. 173 II EWG-Vertrag¹⁴⁾. Dies folgt schon aus dem Umstand, daß endgültig die begehrte Erteilung der "Entscheidung nach Art. 2" abgelehnt wird, auf die der Antragsteller bei Erfüllung der formellen und materiellen Voraussetzungen des Art. 2 einen Rechtsanspruch hat¹⁵⁾. Die Ablehnung "ergeht an" die Antragsteller, die nach Art. 173 II klagebefugt sind, ohne daß es der Darlegung eines besonderen "unmittelbaren und individuellen Betroffenseins" bedürfte¹⁶⁾. Wie oben ausgeführt¹⁷⁾, ist die Ablehnung auch für die nicht antragstellenden beteiligten Unternehmen "bestimmt" (Art. 191 II). Diese werden in der ablehnenden Entscheidung (Art. 189 IV d. V.) und sogar in der Veröffentlichung (Art. 21 II VO 17) "bezeichnet". Die Ablehnung ist daher allen beteiligten Unternehmen mitzuteilen¹⁷⁾ und kann von allen innerhalb der zwei-Monatfrist mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden (Art. 173 III, 191 II)¹⁸⁾.

Hat die Klage Erfolg, so muß die Kommission nach Art. 176 I d. V. das Negativattest erteilen, falls ihr nicht inzwischen wesentliche neue Tatsachen bekannt geworden sind, die eine Versagung rechtfertigen. Wird der Klage wegen Verletzung von Formvorschriften oder Verletzung der VO 17 stattgegeben, so ist das ordnungsgemäße Verfahren nachzuholen und sachlich neu zu entscheiden.

3) Wird ein Antrag nach Art. 2 VO 17 innerhalb von zwei Monaten überhaupt nicht beschieden, so steht den Antragstellern die Untätigkeitsklage nach Art. 175 EWG-Vertrag offen. Die Klage ist nicht zulässig, wenn die Kommission innerhalb zweier Monate gegenüber den Beteiligten zunächst nur "Stellung genommen", d.h. mitgeteilt hat, daß ein Verfahren eingeleitet ist, oder gem. Art. 19 I VO 17, 2 VO 99 die Beschwerdepunkte bekanntgegeben hat. Ab Eingang der Äußerung der Beteiligten (bzw. vom Ablauf der gem. Art. 2 IV VO 99 gesetzten Äußerungsfrist) beginnt m.E. eine neue zwei-Monats-Frist zu laufen. Da nur die antragstellenden Beteiligten ein Recht auf Bescheidung haben¹⁷⁾, wäre das auf Art. 175 III gestützte Begehren eines Unternehmens, das dem Antrag nicht zugestimmt hat, unbegründet.

14) s.o. § 6 II B 2; Deringer Art. 2 N. 14

15) s.o. § 6 II C 4

16) Wohlfarth, Art. 173 N. 4; Ehle, NJW 1963, 2194

17) § 6 II D 3/4

18) so auch Ryziger aaO (6)

4) Fraglich ist, ob die Untätigkeitsklage auch gegeben ist, wenn die Kommission einen Antrag nach Art. 2 VO 17 als unzulässig zurückweist (s. o. § 6 II B 1).

Ist die Zurückweisung keine Entscheidung i. S. d. Art. 173 II, 189 IV EWG-Vertrag, dann scheidet die Nichtigkeitsklage aus. In diesem Falle würde aber auch die Untätigkeitsklage versagen, weil in der Zurückweisung eine Art unverbindlicher "Stellungnahme" (Art. 189 V) läge; mehr als diese (oder ein sonstiger nach Art. 173 II nicht anfechtbarer "Akt") ist nach Art. 175 III nicht zu erreichen.

Die Frage kann jedoch auf sich beruhen, weil die Adressaten des Akts kein Rechtschutzinteresse haben. Nicht ordnungsgemäße Anträge können jederzeit ergänzt und dann wiederholt werden; insoweit wird die Zurückweisung nicht "rechtskräftig", d. h. "verbindlich" i. S. d. Art. 189 IV. Verneint die Kommission ihre Zuständigkeit, so kann sie sich später nicht als zum Einschreiten zuständig bezeichnen. Entsprechendes gilt, wenn die Zurückweisung darauf gestützt ist, daß die Antragsteller keine Unternehmen sind. In allen Fällen haben die Antragsteller also ausreichende Sicherheit, daß die Kommission auf Grund von Art. 85 I oder 86 d. V. nicht gegen sie einschreiten wird.

II. Akte nach Art. 3 VO 17

Die nach Art. 3 VO 17 möglichen Rechtsakte der Kommission und insbesondere die Form der Bescheidung des Antragstellers nach Art. 3 II sind in § 7 II B 1 - 2 und § 7 I B 5 gerade auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes bereits eingehend erörtert worden, so daß es hier im wesentlichen nur noch einer Zusammenfassung bedarf. Daß keine besondere positive Feststellungsentscheidung nach Art. 3 erforderlich ist, wurde in § 7 I B 4 dargelegt.

1) Die Verpflichtungsentscheidung ist, wie schon ihr Name sagt, für die beteiligten Unternehmen "verbindlich" (Art. 189 IV), "an sie ergangen" und "gerichtet" (Art. 173 II) sowie für sie "bestimmt" (Art. 191 II EWG-Vertrag). Die Beteiligten können folglich gegen die Entscheidung stets die Nichtigkeitsklage nach Art. 173 II-III erheben.

Schwieriger ist schon die Frage, ob auch nichtbeteiligte Rechtspersonen, an welche die Entscheidung nicht gerichtet ist, klagebefugt sein können. Hier könnte man etwa an Vertragspartner der verpflichteten Unternehmen denken, die sich dadurch betroffen fühlen, daß der Vertrag "abzustellen" ist und ihre vertraglichen Ansprüche somit nicht erfüllt werden können. Meist werden solche Vertragspartner allerdings selbst (an der abzustellenden Absprache) "Beteiligte"

sein. Sie sind dann schon deshalb zur Klage berechtigt, falls ihnen die Entscheidung nicht ausdrücklich mitgeteilt wird, wenn die Entscheidung aber sachlich notwendig auch "für sie bestimmt" ist; das Fehlen der Mitteilung hätte dann allenfalls Bedeutung für den Beginn der Klagfrist nach Art. 173 III, 191 II EWG-Vertrag. Lediglich mittelbare ("Reflex-")Wirkungen auf die Interessen nicht beteiligter Personen reichen dagegen im Rahmen des Art. 173 III nicht aus.

Am ehesten scheint der Fall möglich, in dem einem marktbeherrschenden Unternehmen ein mißbräuchliches Verhalten untersagt wird, das z. B. die Verbraucher schädigt (Art. 86, b) oder Handelspartner im Wettbewerb benachteiligt (Art. 86, c), andererseits aber durch Absatzbeschränkung b) oder durch besonders vorteilhafte Bedingungen c) gewisse Vertragspartner begünstigt hat. In diesem Falle ist Adressat der Verpflichtungsentscheidung nur das Monopolunternehmen. Es ist denkbar, daß die Abstellung des einseitigen Verhaltens die bis dahin einseitig bevorzugten Partner, die z. B. auf langfristige Ausschließlichkeitsverträge vertrauen, "unmittelbar und individuell" beeinträchtigt i. S. d. Art. 173 II.

2) Die Kommission hat mehrere Möglichkeiten, einer "Beschwerde", d. h. einen Antrag nach Art. 3 II VO 17, nicht oder doch nicht in vollem Umfang stattzugeben.

a) Wird eine zulässige Beschwerde als unbegründet abgelehnt, so liegt darin eine sachliche, an den Antragsteller gerichtete Entscheidung, gegen die der Rechtsweg nach Art. 173 EWG-Vertrag offensteht¹⁹⁾. Mitgliedstaaten können nach Art. 173 I 2 auch dann klagen, wenn sie keinen Antrag nach Art. 3 II a VO 17 gestellt hatten.

Wird der Nichtigkeitsklage stattgegeben, so muß die Kommission Maßnahmen nach Art. 3 III, 3 I und notfalls nach Art. 16 I a VO 17 ergreifen (Art. 176 I d. V.).

b) Weist die Kommission einen nach Art. 3 II b VO 17 gestellten Antrag als unzulässig zurück, so liegt zwar keine (Sach-)Entscheidung i. S. d. Art. 10 III, 21 I VO 17 vor²⁰⁾, so daß außer der Gewährung rechtlichen Gehörs²¹⁾ nicht das förmliche Verfahren nach der VO 17 durchzuführen ist. Gleichwohl könnte

19) s. o. § 7 I B 5c; Deringer, VO 17 Art. 3 N. 7 u. Art. 19 N. 20; Steindorff, AWD 1963, 353 ff 354/55 (D. I.)

20) s. o. § 7 I 3

21) § 7 I E 2

jedoch die Zurückweisung für den Antragsteller in dem Sinne "verbindlich" sein, daß er den Antrag in dieser Form nicht erneut stellen und die Begründung des Antrags auch nicht zur Belegung seiner unmittelbaren und individuellen Beschwer (Art. 173 II) verwenden darf. Es handelt sich wie im Zivilprozeß um die Frage, ob eine Prozeßabweisung der materiellen Rechtskraft fähig ist ²²⁾.

M. E. muß die Frage hier aus Zweckmäßigkeitsgründen bejaht werden. Es gilt zu vermeiden, daß ein zurückgewiesener Antragsteller seine Beschwerde immer wieder vorbringen und mit gleicher Begründung später Klage erheben kann. Für die Annahme einer rechtskraft- und damit klagefähigen Entscheidung spricht es ferner, daß der Rechtsweg nach Art. 175 hier ebenfalls versagen würde, weil in der Zurückweisung ein an den Kläger gerichteter sonstiger Akt liegt, die Kommission also nicht schlechthin untätig ist, sondern über die formelle Befugnis nach Art. 3 II b VO 17 aus Rechtsgründen "entscheidet". Die Zurückweisung mangels "berechtigten Interesses" oder wegen Unzuständigkeit wird also für den Antragsteller "verbindlich" (Art. 189 IV), wenn er nicht innerhalb der Frist des Art. 173 III Klage erhebt. Fraglich ist, ob für diese Klage dann ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wenn die Kommission zwar den Antrag als unzulässig zurückweist, andererseits aber die "Anregung" des Antragstellers aufnimmt und ein Verfahren von Amts wegen einleitet. Hier ist zu bedenken, daß nur ein zulässiger Antrag das Recht auf Bescheidung und o.e. Möglichkeit der Erzwungung des Einschreitens über Art. 175 EWG-Vertrag verleiht. Damit diese formellen Rechte nicht verlorengehen, ist ein Rechtsschutzinteresse des zurückgewiesenen Antragstellers zu bejahen. Anderenfalls könnte die Kommission das Verfahren wieder einstellen, ohne daß eine Kontrollmöglichkeit bestünde und ohne daß der Antragsteller auch nur etwas davon erfahren müßte.

c) Das völlige Schweigen der Kommission auf einen Antrag nach Art. 3 II VO 17 kann mit der Untätigkeitsklage angegriffen werden. Die Klage ist nach Art. 175 III - II EWG-Vertrag nur zulässig, wenn die Kommission "zuvor aufgefordert worden ist, tätig zu werden". In dem Antrag nach Art. 3 II VO 17 liegt eine solche Aufforderung ²³⁾. Mit der Klage kann nur gerügt werden,

"daß die Kommission es unter Verletzung des Vertrages unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung und eine Stellungnahme an den Kläger (d. h. den Antragsteller) zu richten",

nicht dagegen die vertragswidrige Unterlassung,

"einen solchen Akt an die beteiligten Unternehmen zu richten".

22) vgl. Rosenberg, § 149 I 2, der die Frage mit der deutschen herrschenden Meinung bejaht.

23) Steindorff aaO (19) S. 355/56

Hierzu ist oben ²⁴⁾ bereits ausgeführt worden, daß als "Akt" ein "Zwischenbescheid" des Inhalts ausreicht, daß dem Antragsteller mitgeteilt wird, die Kommission habe nach Feststellung der im Antrag behaupteten Zuwiderhandlung zunächst eine Empfehlung nach Art. 3 III VO 17 an die beteiligten Unternehmen gerichtet. Verstreicht die in der Empfehlung gesetzte Abstellungsfrist fruchtlos, so muß die Kommission binnen angemessener Frist die Verpflichtungsentscheidung erlassen und dies dem Antragsteller in einem "Bescheid", dem nunmehr gebotenen Akt i. S. d. Art. 175, mitteilen ²⁵⁾. Äußerste Grenze der "angemessenen Frist" sind m. E. zwei Monate nach Verstreichen der in der Empfehlung gesetzten Frist zur Abstellung des Verstoßes (vgl. Art. 175 II d. V.). Eine Überschreitung der Frist kann nur durch umfangreiche Ermittlungen oder sonstige entschuld bare Verzögerungen des notwendigen Verfahrens (z. B. nach Art. 10 III, 19 VO 17) gerechtfertigt werden; sie ist außerdem dem Antragsteller mitzuteilen (vgl. Art. 175 II).

d) Aus dem Gesagten folgt, daß der Erlaß einer Empfehlung nach Art. 3 III VO 17 innerhalb der Zweimonatsfrist des Art. 175 II EWG-Vertrag den berechtigten Antragsteller nicht beschweren kann ²⁶⁾. Da Empfehlungen gem. Art. 189 V d. V. nicht verbindlich sind, können weder die Beteiligten noch der Rat oder ein Mitgliedstaat dagegen die Nichtigkeitsklage erheben (Art. 173 II u. I 1 d. V.).

3) Auch soweit kein Antrag nach Art. 3 II VO 17 vorliegt, kann das Verhalten der Kommission auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden. Nach Art. 175 I d. V. können die Mitgliedstaaten, der Rat und - im Unterschied zu Art. 173 I - die Versammlung der EWG Klage auf Feststellung erheben, daß es die Kommission unter Verletzung des Vertrages unterlassen hat, gegen Verstöße von Amts wegen einzuschreiten, wie es insbesondere nach Art. 3, 15 oder 16 VO 17 möglich war. Als verletzte Vertragsnormen kommen - wenn man die VO 17 nicht ohnehin zum Vertragsrecht i. S. d. Art. 175 rechnet - Art. 89 i. V. m. Art. 85 I und 86 in Betracht. Auf diese Weise können die anderen Organe und die Mitgliedstaaten nach Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 175 II auch laufende Antragsverfahren überprüfen lassen. Im übrigen bestimmt Art. 37 der Satzung des EuGH, daß die Mitgliedstaaten, der Rat und das Parlament jedem bei dem Gerichtshof anhängigen Rechtsstreit beitreten können. Dasselbe gilt für alle anderen Personen, die "ein berechtigtes Interesse am Ausgang eines bei dem

24) § 7 I B 5

25) ähnlich Steindorff aaO (19) S. 357.

26) s. auch oben § 7 I B 3/5 mit Nachweisen

Gerichtshof anhängigen Rechtsstreits glaubhaft machen"; ausgenommen davon sind Prozesse zwischen Mitgliedstaaten, zwischen Organen der Gemeinschaft oder zwischen Mitgliedstaaten und Organen. Mit den auf Grund des Beitritts gestellten Anträgen können nur die Anträge einer Partei unterstützt werden.

Damit ist eine ausreichende Kontrolle des Handelns der EWG-Kommission in Kartellsachen gewährleistet.

LEBENS LAUF

Am 3.12.1935 wurde ich als Sohn des Oberleutnants Helmut Riegel und seiner Ehefrau Margarete, geborene Paulus, in Halle a.d. Saale geboren. Nach dem Tode meines Vaters verbrachte ich die Kindheit in Werder a.d. Havel und in Markneukirchen (Vogtland). Die höhere Schule besuchte ich ab 1950 in Oelsnitz (Vogtland) und seit 1953 in Wiesbaden, wo ich im Frühjahr 1956 die Reifeprüfung am Dilthey-Realgymnasium ablegte. Anschließend begann ich an der Universität Frankfurt a.M. das Studium der Rechtswissenschaft, das ich 1957 für einen fünfmonatigen Aufenthalt in Mexico unterbrach und ab Wintersemester 1958/59 an der Universität München fortsetzte. Dort bestand ich am 19.1.1961 die Erste Juristische Staatsprüfung. Von 1961 bis 1965 leistete ich in Hessen den juristischen Vorbereitungsdienst ab. Daneben nahm ich an den wirtschaftsrechtlichen Seminaren meines Lehrers Prof. Dr. Kronstein teil. In Frankfurt a.M. bestand ich am 29.10.1965 die Zweite Juristische Staatsprüfung und am 27.7.1966 die Doktorprüfung. Seit Dezember 1965 bin ich in Wiesbaden als Rechtsanwalt tätig.

Ich versichere an Eides statt, daß ich nur die von mir angegebenen Quellen und Hilfsmittel für die Ausarbeitung der Dissertation benutzt und daß ich die aus anderen Schriften wörtlich oder annähernd wörtlich entnommenen Stellen kenntlich gemacht habe. Ich versichere ferner an Eides statt, daß ich mich fremder Hilfe nur insoweit bedient habe, als ich dies angegeben habe, und im übrigen der selbständige Urheber der Arbeit bin.

Wiesbaden, den 30. November 1965

Ernst D. Riegel

Ich bedauere es sehr, dass ich aus der Zeit nicht genügend
verfügen und überhaupt die für die Ausarbeitung der Dissertation
benötigte Zeit nicht aus der Zeit nehmen konnte, weil ich
unvermeidlich anderen wichtigen Angelegenheiten gewidmet sein
muss. Ich bedauere es sehr, dass ich nicht früher mit
der Ausarbeitung begonnen habe, als ich das versprochen habe, und die
Folgen der schuldhaften Verzögerung der Arbeit.

Wien, den 10. November 1902

Dr. J. W. W.

